Die Bedeutung der Observanz im Preußischen Wegerecht

Dissertation
zur
Erlangung der juristischen Doktorwürde
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der
Schlesischen Friedrich-Wilhelm-Universität zu Breslau
vorgelegt von

Richard Pawelitzki
Gerichtsreferendar

1933
Druck von Neumanns Stadtbuchdruckerei, Gleiwitz, Kirchplatz Nr. 1

Gedruckt mit Genehmigung der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Breslau.

Berichterstatter:
Geheimrat Professor Dr. **Hans Helfritz.**

Meinen Eltern!

Inhaltsübersicht

Literatur-Verzeichnis

Anschütz, Gerhard: Die Verfassung des Deutschen Reiches. 9. Auflage, Berlin 1929.

Anschütz, Gerhard: Allgemeine Begriffe und Lehren des Verwaltungsrechts nach der Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts. Preuß. Verwaltungsblatt Bd. 22, S. 83 ff.

v. Bitter-Drews-Hoffmann: Handbuch der Preußischen Verwaltung. 3. Auflage, Berlin-Leipzig 1928.

v. Brauchitsch, M.-Drews: Verwaltungsgesetze für Preußen. Berlin 1930.

Dernburg, Heinrich: Lehrbuch des Preußischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reiches. 4. Auflage, Halle 1884.

Ecker, Fritz: Rheinisches Wegerecht in Preuß. Verwaltungsblatt Bd. 22, S. 49, 161, 433.

Fleiner, Fritz: Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts. 8. Auflage, Tübingen 1928.

Friedenthal, Ernst: Wegerecht unter besonderer Berücksichtigung des Schlesischen Provinzialrechtes. Breslau 1906.

Germershausen-Seydel: Wegerecht und Wegeverwaltung in Preußen. 1. Band. 4. Auflage, Berlin 1932.

Hatschek-Kurtzig: Lehrbuch des deutschen und preußischen Verwaltungsrechts, Leipzig 1927, 5. und 6. Auflage.

Hecht, Carl: Gesetz über die Reinigung öffentlicher Wege v. 1. Juli 1912. Berlin 1912.

Helfritz, Hans: Allgemeines Staatsrecht. Berlin 1924.

Helfritz, Hans: Grundriß des preußischen Kommunalrechts. 2. Auflage, Berlin 1924.

Hofacker, W.: Verwaltungsrechtsordnung für Württemberg, Entwurf eines Gesetzes mit Begründung. Stuttgart 1931.

Hoffmann, Hans: Die Wegebaulast in Pommern. Tübingen 1907.

Jagemann: Zur Auseinandersetzung der früheren Gutsbezirke mit den beteiligten Gemeinden. Reichs- und Preuß. Verwaltungsbl. 1931, S. 288.

Jebens, A. W.: Erlangen Polizeiverordnungen bei Erweiterungen des ihnen zunächst unterworfenen Bezirkes ipso iure auch in den neuen Bezirksteilen verbindliche Kraft? in Preuß. Verwaltungsblatt Band 22/509 ff.

Jebens, A. W.: Observanz und Beweislast in Preuß. Verwaltungsblatt, Band 18/49 ff.

Jellinek, Georg: Allgemeine Staatslehre. 3. Auflage, 5. Neudruck. Berlin 1929.

Jellinek, Walter: Verwaltungsrecht. Berlin 1931. 3. Auflage.

v. Kamptz: Die Rechtsprechung des Königlich Preußischen Oberverwaltungsgerichts in systematischer Darstellung. Bd. I—IV, Erg. Bd. I und II.

Koch, C. F.: Kommentar zum Allgemeinen Landrecht. Berlin 1876.

Körner, Alois: Wiener Staats- und Rechtswissenschaftliche Studien: Studien zum Recht der öffentlichen Wege. Leipzig-Wien 1932.

Laun: Auseinandersetzung bei Gutsbezirken, in Reichs- und Preußisch. Verwaltungsbl. 1931/120.

Mayer, Otto: Deutsches Verwaltungsrecht, Band I. 1895 in Bindings Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft. Leipzig.

Rehbein-Reinke: Allgemeines Landrecht. Berlin 1894.

Reiß: Aus der Rechtsprechung des Danziger Obergerichts, in Reichs- und Preuß. Verwaltungsblatt 1931/640.

Riemann, Ernst: Das Schlesische Auenrecht. Breslau 1911. 3. Auflage.

Riemann, Ernst: Auenrechte außerhalb Schlesiens, in der Zeitschrift der Anwaltskammer für den Oberlandesgerichtsbezirk Breslau. 1909/48.

Schmidt, Joseph: Lehrbuch des Preußischen Rechts und Prozesses. Band I. Landrecht Breslau 1883. 7. Auflage.

Schoen, Paul: Verwaltungsrechtliches Gewohnheitsrecht, in Verwaltungsarchiv Bd. 28. Berlin 1921.

Stephan: Veränderung von Gemeindegrenzen und ihre Rechtsfolgen. Verwaltungsarchiv Bd. 11/315.

Stier-Somlo: Die Einwirkung des bürgerlichen Rechts auf das preußisch-deutsche Verwaltungsrecht. Berlin 1900.

Stier-Somlo: Eingemeindungsrecht und Preußisches Oberverwaltungsgericht in Verwaltungsrechtlichen Abhandlungen, Festgabe zur Feier des fünfzigjährigen Bestehens des Preußischen Oberverwaltungsgerichts, Berlin 1925.

Voß, Werner: Das preußische Wegerecht. München 1930.

Zeitschrift der Anwaltskammer für den Oberlandesgerichtsbezirk Breslau.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.

Entscheidungen des Preußischen Oberverwaltungsgerichtes.

Preußisches Verwaltungsblatt.

Reichs- und Preußisches Verwaltungsblatt.

§ 1.

Wohl kein anderes Rechtsgebiet besitzt eine derartig veraltete Gesetzgebung wie das Wegerecht. Gesetze, Erlasse und Edikte, in deren Vielfältigkeit sich alle politische Zerrissenheit unseres Volkes in den letzten Jahrhunderten widerspiegelt, haben ihre Geltung bis heute behalten.

Der Grund für diese stiefmütterliche Behandlung des Wegerechtes durch den Gesetzgeber ist in der Bedeutungslosigkeit der Wege und Landstraßen zu suchen, zu der diese infolge der ungeheuren Entwicklung des Eisenbahnwesens im vorigen Jahrhundert herabgesunken waren.

Die Erfindung des Kraftwagens und die damit verbundene Wiedereroberung eines Teiles des Personen- und Güterverkehrs für die Landstraße hat den Gesetzgeber zwar vor die Notwendigkeit gestellt, das Wegerecht den modernen, neuartigen Verhältnissen anzupassen und zu vereinheitlichen, jedoch sind die Bestrebungen nach einer solchen, gleichmäßigen Gestaltung des gesamten Wegerechtes bisher nur von kleinen Teilerfolgen begleitet gewesen. Gerade die augenblickliche Vielfältigkeit der Normen steht einer umfassenden Regelung entgegen, die sich nur in wenigen Fällen an die bisherige Rechtsentwicklung anschließen könnte und daher zu unverhältnismäßig großen Härten führen würde.

Der Gesetzgeber hat sich deshalb damit begnügt, nur einzelne wegerechtliche Materien zu ordnen, bei denen trotz der Vereinheitlichung des Rechtszustandes die Gefahr einer willkürlichen Belastung Einzelner nicht bestanden hat, oder er hat die gleichmäßige Ordnung eines bestimmten wegerechtlichen Gebietes nur unter ausdrücklicher Aufrechterhaltung bisheriger Normen in die Wege geleitet.

Als Ersatz für die undurchführbare Vereinheitlichung des Wegerechtes innerhalb des gesamten preußischen Staatsgebietes sind ferner für einzelne Landschaften und Verwaltungsbezirke Wegeordnungen geschaffen worden, die das Wegerecht den modernen, veränderten Verkehrsverhältnissen anpassen sollen. Bedauerlicherweise ist jedoch die Durchführung dieser provinziellen Neugestaltung des Wegerechtes im Geiste moderner Verwaltungsrechtsgrundsätze auf wenige Provinzen beschränkt geblieben, während in den anderen Landesteilen der veraltete Rechtszustand seine Geltung behalten hat.

Da diese in der Entstehungszeit weit zurückliegende Gesetzgebung regelmäßig nur den herkömmlichen Zustand sanktionierte und der Neubildung gewohnheitsrechtlicher Normen keinen Widerstand entgegensetzte, hat sich mit Rücksicht auf die veränderten Verhältnisse auf allen Lebensgebieten, insbesondere denen des Verkehrs und der Landeskultur eine lokale Rechtsentwicklung durchgesetzt, wie sie ohne Beispiel in

anderen Rechtsgebieten geblieben ist. Die Observanzen haben zum Teil auch dort ihre Bedeutung behalten, wo an die Stelle des veralteten Rechtszustandes moderne Wegeordnungen getreten sind, da man auch bei der nur provinziellen Neugestaltung des Wegerechtes auf die örtlichen Eigentümlichkeiten Rücksicht nehmen und unbillige Härten vermeiden wollte.

Diese lokale Gewohnheitsrechtsbildung im Wegerecht und ihre Bedeutung in den einzelnen Landschaften des Staatsgebietes näher zu untersuchen, ist das Ziel der nachstehenden Ausführungen. Hierbei wird zunächst zu prüfen sein, welchen Einfluß das Gewohnheitsrecht, insbesondere die Oberservanz, im modernen Verwaltungsleben überhaupt noch besitzt, erst dann kann die lokale Rechtsentwicklung innerhalb der verschiedenen Materien des Wegerechtes näher behandelt werden.

Im letzten Teile endlich wird darzustellen sein, welchen Wandlungen die einmal entstandene Oberservanz im einzelnen Falle unterworfen sein kann.

A. Die Bedeutung des Gewohnheitsrechtes als Rechtsquelle im Allgemeinen.

§ 2.

Das Gewohnheitsrecht findet seine Rechtfertigung als allgemeinverbindliche Norm in der im Volksbewußtsein vorhandenen Ueberzeugung von der inneren Notwendigkeit eines bestimmten Verhaltens gegenüber den anderen Volksgenossen und gegenüber der Volksgesamtheit.

Auf welcher Grundlage diese Ueberzeugung zur Entstehung gelangt und welche psychologischen Momente hierbei mitwirken, ist Gegenstand rechtsphilosophischer Betrachtungen, die über den Rahmen dieser Arbeit hinausgehen würden. Hier genügt die Feststellung, daß die in der Volksgesamtheit oder der Mehrzahl der Volksgenossen vorhandene Ueberzeugung von der Richtigkeit eines bestimmten Handelns die Grundlage jeder Rechtsordnung ist, mag es sich dabei um geschriebenes oder ungeschriebenes Recht handeln. [1])

Während aber das geschriebene Recht die Garantie seiner Wirksamkeit in erster Linie durch den staatlichen Zwang empfängt, wird die Anerkennung des Gewohnheitsrechtes allein durch die Kraft und Energie jener sozialen Mächte und Anschauungen der Gesellschaft gewährleistet, die, wenn auch unbewußt, die Entwicklung der dem Gewohnheitsrecht entsprechenden Ueberzeugung von der Notwendigkeit eines bestimmten Verhaltens beeinflußt haben.

Diese Ueberzeugung kann daher ihre Anerkennung als Rechtsnorm im Einzelfalle erst dann finden, wenn die Macht der ihr zugrundeliegenden Anschauungen in dem entsprechenden, positiven Verhalten der Volksgenossen sichtbaren und dauernden Ausdruck gefunden hat. [2])
Welche Dauer die Uebung gehabt haben muß, wenn aus ihr auf

---

[1]) Georg Jellinek a. a. O. S. 334.
[2]) O. V. G. E. Bd. 22/100; 39/207.

das Bestehen eines bestimmten Gewohnheitsrechtes geschlossen werden soll, kann deshalb nicht willkürlich bestimmt werden.[3])

Es kommt vielmehr darauf an, daß die einzelnen Handlungen der Uebenden ihren inneren Zusammenhang und die ihnen zugrundeliegende einheitliche Ueberzeugung von der rechtlichen Notwendigkeit dieses Verhaltens ausreichend erkennen lassen, sodaß auch in Zukunft mit der Fortsetzung dieser Handlungsweise gerechnet werden muß.

Nur das Ermessen des Richters entscheidet also, ob die Dauer der Uebung für die Anerkennung eines Gewohnheitsrechtes ausreicht.

Von jener Ueberzeugung, die in der Uebung ihre Ausdrucksform findet, kann aber immer nur dann gesprochen werden, wenn die Ueberzeugung in nichts Anderem wie in dem unmotivierbaren Glauben an die Notwendigkeit des Handelns begründet ist. Die Ueberzeugung von der Richtigkeit eines bestimmten Verhaltens kann daher zur Begründung eines Gewohnheitsrechtes nicht ausreichen, wenn sie nur durch rationelle Erwägungen irgendwelcher Art oder äußere Umstände veranlaßt worden ist, es sei denn, daß dieser fremde Einfluß durch eine Generationen umfassende Uebung seine ursprüngliche Bedeutung wieder verloren hat.[4])

Mag also der Handelnde von der irrigen Annahme bestimmter gesetzlicher Vorschriften oder tatsächlicher Voraussetzungen ausgegangen sein[5]), oder hat er irgendwelche ganz bestimmte Ziele mit seinem Tun verfolgt[6]), in keinem Falle kann aus seinem Verhalten auf das Bestehen eines Gewohnheitsrechtes, das, wie einleitend schon gesagt, seine Kraft nur aus dem unbewußten, in allgemeinen Anschauungen des Volkes wurzelnden Glauben an die rechtliche Notwendigkeit empfängt, geschlossen werden.

Zusammenfassend ist demnach festzustellen, daß die Anerkennung gewohnheitsrechtlicher Normen das Vorhandensein einer tatsächlichen Uebung voraussetzt, aus deren Art und Dauer eine entsprechende, in keinem äußeren Anlaß begründete, rechtliche Ueberzeugung von der Notwendigkeit des Handelns erkannt werden kann.

Das Gewohnheitsrecht kann sich mit Geltung für das gesamte Staatsgebiet wie auch innerhalb ganz lokaler Verhältnisse entwickeln. Hat das Gewohnheitsrecht nur eine derartig örtliche Bedeutung, spricht man von einer Observanz.

Von privatrechtlichen Titeln wie der Verjährung und der stillschweigenden Vereinbarung unterscheidet sich die Observanz dadurch, daß auch der Staat die in der gewohnheitsrechtlichen Uebung zum Ausdruck gekommene Regelung als verbindlich betrachtet.[7]) Sie ist objektive Rechtsnorm und daher von amtswegen zu berücksichtigen. Der Richter kann jedoch von den für das Bestehen einer Observanz entscheidenden Tatsachen kaum anders als zufällig unterrichtet sein. Daher muß von

---

[3]) Pr. V. Bl. 25/336.

[4]) O. V. G. E. Bd. 13/252.

[5]) R. G. Z. Bd. 12/292; 31/271; Pr. V. Bl. Bd. 17/393 (Hier ist ein Fall besprochen, wo ein öffentlicher Weg infolge eines Irrtums als Privatweg behandelt worden ist.)

[6]) O. V. G. E. Bd. 16/292 ff. (Handeln aus Freigebigkeit); Bd. 13/295; Bd. 57/372.

[7]) R. G. Z. Bd. 11/213.

demjenigen, der ein solches Lokalrecht für sich geltend macht, erwartet werden, daß er dem Richter geeignete Mittel der Forschung an Hand gibt. [8])

Die Entstehung einer Observanz setzt abgesehen von den für die Entwicklung jedes Gewohnheitsrechtes notwendigen Erfordernissen eine, wenn auch nur tatsächliche Verbundenheit der Uebenden voraus; denn nur bei Vorhandensein einer derartigen Gemeinschaft kann der Richter annehmen, daß die Handlungen der Uebenden in einem gemeinsamen Empfinden, einer einheitlichen Ueberzeugung begründet sind, die allein der Uebung jene Macht verleiht, die ihre Anerkennung als objektive Rechtsnorm notwendig macht. [9])

Da im Folgenden die Bedeutung dieser Observanz für das Wegerecht untersucht werden soll, das Wegerecht aber der Inbegriff einer Reihe verwaltungsrechtlicher Normen ist, die die Beschränkung der Privatrechte an öffentlichen Wegen im gemeinen Interesse und die Durchführung der öffentlichen Zweckbestimmung dieser Wege zum Gegenstande haben, so bedarf es vorerst einer Untersuchung in der Richtung, welche Bedeutung das Gewohnheitsrecht im Verwaltungsrecht überhaupt noch besitzt.

§ 3.

Der Streit über die Möglichkeit einer Gewohnheitsrechtsbildung im Verwaltungsrecht ist, seitdem Otto Mayer diese verneint hat,[10]) nicht mehr verstummt. Der Kernpunkt der Theorie Otto Mayers, die in ihren wesentlichsten Punkten von allen anderen Gegnern eines verwaltungsrechtlichen Gewohnheitsrechtes übernommen worden ist,[11]) ist der Satz, daß im modernen Verfassungsstaate für ein Gewohnheitsrecht auf dem Gebiete des Verwaltungsrechtes kein Raum bleibe, weil die Regelung der Beziehungen des Staates gegenüber den einzelnen Staatsbürgern dem formellen Gesetze vorbehalten sei.

Bei der kritischen Beurteilung dieser Theorie ist davon auszugehen, daß tatsächlich alle Verfassungsurkunden der konstitutionellen Zeit wie auch das moderne Verfassungsrecht in irgendeiner Form zum Ausdruck gebracht haben, daß Eingriffe in die Freiheitssphäre des Einzelnen und in das private Vermögensrecht nur auf gesetzlicher Grundlage vorgenommen werden dürfen. [12]) Daran ändert auch nichts der Hinweis Schoens [13]), daß dann immer noch die Bildung verwaltungsrechtlicher Normen denkbar sei, die nicht Zugriffe in Freiheit und Eigentum zum Gegenstande haben; denn abgesehen davon, daß die Richtigkeit dieser Ausführung in Anbetracht der weiten Auslegung der

---

[8]) Jebens, a. a. O. S. 49; O. V. G. E. Bd. 25/108.

[9]) O. V. G. E. Bd. 12/275; 33/300, Anschütz, Vereinbarung a. a. O. S. 88, Stier-Somlo a. a. O. S. 135.

[10]) Otto Mayer, Dt. Verwaltungsrecht I. S. 130 ff.

[11]) Besonders Fleiner, Institutionen § 5. Nr. 4.

[12]) Bayr. Verfassungsurkunde vom 26. Mai 1818 Tit. VII § 2. Preußische Verfassungsurkunde v. 31. 1. 1850, Art. 5. R. V. vom 11. August 1919, Art. 114, 153. Entwurf einer Verwaltungsrechtsordnung für Württemberg, Art. 64. Abs. I.

[13]) Schoen a. a. O. S. 8.

erwähnten Verfassungsnormen [14]) immerhin zweifelhaft ist, bedeutet sie nur ein Ausweichen aber keine Antwort auf die von Otto Mayer aufgeworfene Frage nach der Bedeutung des verfassungsmäßigen Vorbehaltes des Gesetzes.

Mit einer kleinlichen Wortinterpretation [15]) wird man der Bedeutung des Problems, das an die Grundideen unseres Verfassungs- und Verwaltungslebens rührt, jedenfalls nicht gerecht. Es bedarf vielmehr eines Suchens nach dem Sinn jener Normen, die die Alleingültigkeit des formellen Gesetzes im Verwaltungsrecht begründen sollen.

Die in den Verfassungsurkunden enthaltenen, oben erwähnten Normen sind Ausdruck und Vollendung des Rechtsstaates, der „die Bahnen und Grenzen seiner Wirksamkeit, wie die freie Sphäre seiner Bürger in der Weise des Rechts genau bestimmen und abgrenzen“ soll. [16]) Die Tätigkeit der Verwaltung wird an die im Gegensatz zu den Edikten des Polizeistaates nur schwer veränderlichen Normen des Rechtes gebunden, die alle Verwaltungsfälle, auf die sie überhaupt Anwendung finden, gleichmäßig treffen, da ein willkürliches Dispensationsrecht von ihnen nicht gegeben ist. [17]) Der Einzelne soll — und das allein kann den Sinn des Rechtsstaates ausmachen — vor jeder willkürlichen Inanspruchnahme durch die Verwaltung geschützt und die Gleichheit aller Staatsbürger vor dem Staate und seinen Verwaltungsorganen gewährleistet werden.

Diese gleichbleibende, willkürlose Verwaltungstätigkeit wird nun in Sonderheit erreicht durch die Bindung der Verwaltungsbehörden an das von der Volksvertretung geschaffene formelle Gesetz [18]) oder die ihm in dieser Hinsicht gleichrangigen Rechtsverordnungen.

Trotzdem lag keine Veranlassung vor, im Interesse der rechtsstaatlichen Idee die Verwaltung ausschließlich an das formelle Gesetz zu binden. Die Bindung an das geschriebene Recht bietet zwar eine hervorragende Gewähr für ein Tätigwerden der Verwaltung im Sinne des Rechtsstaates. Es ist aber nicht recht einzusehen, warum gewohnheitsrechtliche Normen, die ebenso wie das formelle Gesetz ein willkürliches Tätigwerden der Verwaltungsbehörden hemmen und ebenso gut die Gleichmäßigkeit der Verwaltung gewährleisten können, durch die erwähnten Verfassungsnormen ganz ausgeschlossen sein sollen. Das verwaltungsrechtliche Gewohnheitsrecht entsteht doch nicht durch die gleichförmige Uebung der Verwaltungsbehörden allein, sondern seine Entwicklung erfordert, daß diese Uebung auch von der Ueberzeugung des Staatsvolkes getragen wird. [19]) Ob das Staatsvolk aber die Basis für das Tätigwerden der Verwaltung im Wege der formellen Gesetzgebung begründet, oder eine Uebung der Verwaltungsbehörden durch eine entsprechende Ueberzeugung des Volkes zu Gewohnheitsrecht fort-

---

14) Anschütz, Reichsverf. Anm. 2. zu Art. 153.

15) So macht Schoen a. a. O. S. 14 geltend, daß, wenn in Verfassungsurkunden von „Gesetz und Recht“ die Rede sei, unter Letzterem eben nur das Gewohnheitsrecht verstanden werden könne.

16) Stahl, Rechts- und Staatslehre, II. S. 137. Mayer a. a. O. S. 62.

17) O. V. G. E. 9/337.

18) Walter Jellinek a. a. O. S. 124.

19) Schoen a. a. O. S. 6.

entwickelt wird, kann keinen Unterschied machen. Gerade das Gewohnheitsrecht, das zuerst die Willkür der polizeistaatlichen Verwaltung eingeschränkt und gehemmt hat, ist Wegbereiter und Schrittmacher der rechtsstaatlichen Idee gewesen.[20])

Von einem Vorbehalt des Gesetzes im Sinne der eingangs erwähnten Verfassungsnormen kann daher nur dann gesprochen werden, wenn man unter Gesetz jede materielle Rechtsvorschrift, mag sie im Wege der formellen Gesetzgebung oder durch gewohnheitsmäßige Entwicklung entstanden sein, versteht;[21]) denn es kann nicht die Absicht des Gesetzgebers gewesen sein, das Gewohnheitsrecht im Verwaltungsrecht auszuschließen, obgleich dieses den Zielen des Rechtsstaates ebenso zu dienen vermag wie das formelle Gesetz.

Die fraglichen verfassungsrechtlichen Normen wollen nicht das Gewohnheitsrecht dem formellen Gesetz, sondern das materielle Recht überhaupt, gleichgültig, welcher Rechtsquelle es seine Entstehung dankt, den Edikten und Erlassen des Polizeistaates gegenüberstellen.

Es bleibt nunmehr zu prüfen, ob dieses verwaltungsrechtliche Gewohnheitsrecht auch die Energie besitzt, das formelle Gesetzesrecht zu derogieren oder ob im Verwaltungsrecht ein Vorrang des formellen Gesetzes vor dem Gewohnheitsrechte besteht. In diesem Falle wäre die Bedeutung des Gewohnheitsrechtes im Verwaltungsrechte trotz seiner grundsätzlichen Anerkennung in Wirklichkeit sehr gering. Es könnte sich nur in der vom formellen Gesetz freigelassenen Sphäre entwickeln, die aber so gut wie garnicht besteht; denn es ist gerade die Besonderheit des Verwaltungsrechtes, daß die Tätigkeit der Verwaltung nur von einigen wenigen Gesetz gewordenen oder in den Gesetzen sich widerspiegelnden, allgemeinen Grundsätzen getragen wird. Der Rahmen dieser wenigen, in zahlreichen Einzelbestimmungen enthaltenen allgemeinen Grundsätze aber ist regelmäßig so weit und umfassend, daß fast jedes Tätigwerden der Verwaltungsbehörden im Wege der unmittelbaren oder analogen Anwendung eine Stütze im formellen Gesetzesrecht findet.[22])

Der Wert des Gewohnheitsrechtes und sein Rangverhältnis zu dem formellen Gesetzesrecht kann nicht für alle Abschnitte unserer Rechtsentwicklung gleichmäßig beurteilt werden. Das Gewohnheitsrecht empfängt seine Kraft aus den entsprechenden Anschauungen des Volkes, seine Energie gegenüber dem formellen Gesetz kann daher immer nur nach eben diesen, im Volke jeweilig herrschenden Anschauungen bemessen werden. Spiegelbild und Anhaltspunkte für dieses Volksempfinden aber sind das Schrifttum, die Rechtsprechung und die Rechtsschöpfungen der letzten Jahrzehnte.

Aus diesen Erkenntnisquellen erhellt aber für die Bedeutung des Gewohnheitsrechtes im modernen Rechtsleben übereinstimmend, daß die Anerkennung des Gewohnheitsrechtes als eine dem geschriebenen

---

[20]) Schoen a. a. O. S. 16; W. Jellinek a. a. O. S. 124, O. V. G. E. Bd. 39/399.

[21]) Anschütz, Reichsverf. Art. 114, Anm. 4, Art. 153, Anm. 4. R. G. St. Bd. 55/88, R. G. Z. Bd. 102/165. Anschütz, Pr. V. Bl. 22/84.

[22]) Stier-Somlo a. a. O. S. 129/131.

Rechte ebenbürtige Norm den heute herrschenden Anschauungen entspricht.[23]) Selbst die Möglichkeit einer Aenderung der geschriebenen Verfassung durch das Gewohnheitsrecht wird grundsätzlich anerkannt.

Diese Bejahung der Gleichwertigkeit von geschriebenem und ungeschriebenem Recht muß auch innerhalb des Verwaltungsrechtes gelten, da irgendwelche, nur dem Verwaltungsrechte eigenen Hindernisse für die Entwicklung eines Gewohnheitsrechtes, wie oben ausgeführt worden ist, nicht bestehen, und sich das verwaltungsrechtliche Gewohnheitsrecht in seiner Entwicklungsmöglichkeit daher von den gewohnheitsrechtlichen Bildungen anderer Rechtsgebiete durch nichts unterscheidet.

Ein Abänderung des geschriebenen Verwaltungsrechtes durch Gewohnheitsrecht wird nur durch die Eigenart der verwaltungsrechtlichen Normen erschwert. Wie bereits ausgeführt worden ist, sind die Normen des Verwaltungsrechtes Träger und Ausdruck einiger, weniger das gesamte Verwaltungsrecht beherrschender Grundsätze. Wenn also ein einzelner Verwaltungsrechtssatz durch Gewohnheitsrecht abgeändert werden soll, so muß der dem einzelnen Satze zugrunde liegende allgemeine Grundsatz eine entsprechende Abwandlung durch die Uebung des Volkes erfahren haben, es sei denn, daß durch die gewohnheitsrechtliche Entwicklung die einzelne Norm des geschriebenen Rechtes durch eine ebenfalls im Einklang mit den bestehenden allgemeinen Grundsätzen befindliche Norm des ungeschriebenen Rechtes ersetzt werden soll.

Das Gewohnheitsrecht innerhalb des Verwaltungsrechtes setzt daher eine weite und kraftvolle Entwicklung voraus, wenn es mit Wirkung für das Gebiet des ganzen Staates geschriebenes Recht verdrängen und dem Verwaltungsrecht neue, allgemeine Leitsätze aufprägen will.

Die Observanz, die innerhalb ganz lokaler Verhältnisse wirksam wird und nur von der Ueberzeugung einer kleinen Gemeinschaft getragen ist, kann diese Kraft zur Abänderung des geschriebenen Rechtes niemals besitzen, es sei denn, daß es sich nur um die Abänderung von Normen eines Ortsstatutes handelt, da hier unter Umständen derselbe gesetzgeberische Wille wirksam wird wie bei der formellen Festsetzung des Statutes.[24])

Die Observanz ist daher keine, vom geschriebenen Rechte unabhängige, diesem ebenbürtige Rechtsquelle, sondern verdankt ihre Anerkennung als objektive Norm der ausdrücklichen Ermächtigung oder Duldung des Gesetzgebers, der sich der Observanz dort bedient, wo örtliche Verhältnisse eine individuelle Regelung bestimmter Rechte oder Pflichten erforderlich machen.[25])

Diese Abhängigkeit der Observanz von dem Willen des Gesetzgebers findet, wie oben ausgeführt worden ist, ihren Grund in dem Wesen der Observanz als einer nur von den Anschauungen eines kleinen Kreises getragenen, örtlich begrenzten Uebung, und es bedarf daher

23) Stier-Somlo, Einwirkung pp. a. a. O. S. 125/127, W. Jellinek a. a. O. S. 123, O. V. G. E. Bd. 16/54. Prot. II, Bd. V. S. 362 zum Entwurf des B. G. B

24) O. V, G. E. Bd. 13/295.

25) W. Jellinek a. a. O. S. 134.

keiner besonderen Bestimmung des geschriebenen Rechtes, daß sich die Observanz nur dort bilden könne, wo der Gesetzgeber die lokale Gewohnheitsrechtsbildung ausdrücklich oder stillschweigend anerkennt. Wenn das Allgemeine Landrecht, das, wie im besonderen Teil noch näher darzustellen sein wird, auch für die Wegeangelegenheiten in Preußen die grundlegende Erkenntnisquelle ist, trotzdem in seinen einleitenden Bestimmungen die nachgeordnete Bedeutung der Observanz ausdrücklich betont,[26]) ist das in der Eigenart des Allgemeinen Landrechtes, daß nicht nur Gesetz, sondern gleichzeitig auch Lehrbuch sein will, begründet.

Im Einzelnen wird durch die eben erwähnten Normen des Allgemeinen Landrechtes in Uebereinstimmung mit dem durch das Wesen der Observanz bestimmten Grundsatz der Abhängigkeit dieser Rechtsquelle von dem Willen des Gesetzgebers folgendes bestimmt:

1. Für Rechtsverhältnisse, welche die Gesetze unentschieden lassen, können sich Observanzen auch nach Inkrafttreten des Allgemeinen Landrechtes bilden.

2. Observanzen, auf die das Allgemeine Landrecht ausdrücklich verweist, behalten ihre Geltung, gleichgültig, ob sie sich vor oder nach Inkrafttreten des Allgemeinen Landrechtes entwickelt haben.

3. Im Uebrigen behalten lokale Gewohnheitsrechtsbildungen aus der Zeit vor der Emanation des Allgemeinen Landrechtes nur insoweit ihre Bedeutung als objektive Norm, als die betreffende Materie, deren Regelung sie dienen sollen, keine einheitliche und umfassende Behandlung durch das Provinzialgesetz erfahren hat.

In den beiden letztgenannten Fällen ist demnach ein Gewohnheitsrecht, das eine bestimmte Materie abweichend von den Normen des geschriebenen Rechtes ordnet, durch den Gesetzgeber ausdrücklich anerkannt.

Trotzdem ist es ungenau und jedenfalls verwirrend, hier von einer Gewohnheitsrechtsbildung contra legem zu reden, wie es fast immer geschieht [27]), da die Fortdauer oder Neubildung dieser Observanzen und die damit verbundene, abweichende Regelung bestimmter Rechtsverhältnisse eben doch nur kraft der ausdrücklichen Ermächtigung des Gesetzgebers in den genannten Eingangsbestimmungen zum Allgemeinen Landrecht möglich wird, sodaß von einer Entwicklung gegen den Willen des Gesetzgebers, einer Rechtsbildung contra legem in Wirklichkeit auch hier nicht gesprochen werden kann.

Aus demselben Grunde ist es verwirrend, in dem Gebiete des gemeinen Rechtes von einer derogierenden Kraft jüngerer Gewohnheiten gegenüber älteren Gesetzen zu sprechen [28]), da auch hier die mindestens stillschweigende Billigung einer Abänderung der geschriebenen Norm in den einzelnen Gesetzen ihren Ausdruck gefunden hat. Dies gilt besonders für das Wegerecht. Die im 16., 17. und 18. Jahrhundert für die verschiedensten Gegenden Deutschlands erlassenen Wegeordnungen gehen überwiegend von dem Grundsatze aus, daß es hinsichtlich der

---

[26]) Publ. Patent zum A. L. R. § VII.; Einleitung zum A. L. R. §§ 3, 4 und 60.

[27]) So auch Friedenthal a. a. O. S. 130.

[28]) O. V. G. E. Bd. 13/294; Germershausen a. a. O. § 33, S. 318.

Regelung der Wegeangelegenheiten so gehalten werden solle, wie es nach dem Herkommen bisher bestimmt worden ist. Das Herkommen hat also in diesen Ordnungen nur seine Bestätigung gefunden, ohne daß man etwa seine Fortentwicklung hemmen wollte. Ein Interesse an einer einheitlichen und zwingenden Regelung des Wegerechtes bestand eben nicht.[29]) Die gesetzlichen Bestimmungen der einzelnen Wegeordnungen werden daher im Gebiete des gemeinen Rechtes, soweit sie nicht ausschließlichen Charakter tragen, wohl in einzelnen Punkten durch das lokale Gewohnheitsrecht abgeändert, jedoch ist diese abweichende Regelung der Wegeangelegenheiten durch Gewohnheitsrecht durch die abgeänderte Norm selbst, wenn auch nur stillschweigend, zugelassen.

Im Uebrigen wird die einmal zur Entstehung gekommene Observanz wie jede andere objektive Rechtsnorm behandelt. So kann sie — um Beispiele zu nennen — unter Umständen die Bedeutung eines Schutzgesetzes im Sinne des § 823 Abs. II B. G. B haben,[30]) und der Rahmen und Umfang örtlicher Polizeiverordnungen wird durch ihren Inhalt bestimmt und begrenzt.

B. Die Bedeutung der Observanz innerhalb der einzelnen Gebiete des Wegerechtes.

§ 4.

Es ist bereits oben ausgeführt worden, daß die Entstehung eines lokalen Gewohnheitsrechtes eine Verbundenheit der Uebenden voraussetzt, aus der auf eine gemeinsame Ueberzeugung von der rechtlichen Notwendigkeit der Uebung geschlossen werden kann.

Diese Gemeinschaft ist an keine, irgendwie bestimmte Organisationsform gebunden, sondern kann vielmehr auch rein tatsächlicher Natur sein, wenn sich die Handelnden nur in ihren Interessen soweit begegnen, daß aus der Gemeinsamkeit dieser die Identität des Ursprungs der rechtlichen Ueberzeugung erkennbar ist.

Bei der Erforschung der Existenz einer wegerechtlichen Observanz wird also immer davon auszugehen sein, ob zwischen den Uebenden eine umfassende Gemeinschaft der Interessen in Straßen- und Wegeangelegenheiten bestanden hat.

Das Vorhandensein einer solchen Gemeinschaft kann im Wegerecht stets dann ohne Bedenken angenommen werden, wenn es sich um die Regelung von Wegeangelegenheiten innerhalb eines Kommunalbezirkes handelt, und die Gemeinde und ihre Angehörigen die Handelnden sind; denn die durch die kommunale Zusammengehörigkeit bedingte Interessengemeinschaft der Beteiligten gestattet in jedem Falle den Schluß, daß eine etwa vorhandene, die Regelung der Wegeangelegenheiten erstrebende Uebung einer gemeinsamen Ueberzeugung der Handelnden Entstehung und Antrieb verdankt.

Dabei ist es ohne Bedeutung, ob die Uebung von allen Ange-

[29]) O. V. G. E. Bd. 40/250 ff.
[30]) Urteil des O. L. G. Kiel v. 17. 7. 1921, Recht 1921, Nr. 562.

hörigen des Kommunalbezirkes betätigt worden ist, oder ob sie sich nur auf einzelne Ortsteile und Straßen erstreckt hat. [31])

Die kommunale Zusammengehörigkeit ist aber nur ein Anhaltspunkt, nicht aber eine wesentliche Voraussetzung für die Existenz einer wegerechtlichen Interessengemeinschaft.

Es vermag sich auch eine Interessengemeinschaft zwischen den Insassen eines Kommunalbezirkes und den Personen, die nur mit Grundbesitz im Kommunalbezirke angesessen sind, entwickeln [32]), und ein Gewohnheitsrecht ist endlich auch dort denkbar, wo jede kommunale Zugehörigkeit, sowie jede andere rechtliche Verbundenheit der Handelnden fortfällt. Es genügt, daß eine Interessengemeinschaft gerade hinsichtlich des Weges oder Wegeteiles besteht, für den durch die Uebung eine bestimmte Regelung geschaffen werden soll.

So kann sich eine Observanz des Inhaltes bilden, daß die Unterhaltung der zu einer Brücke führenden Rampe nicht dem Wegebaupflichtigen, sondern dem brückenbaupflichtigen Fiskus obliegt, da eine zur Entwicklung des Gewohnheitsrechtes ausreichende Gemeinschaft der Interessen zwischen dem Fiskus und dem Wegebaupflichtigen durch die unmittelbare Verbindung von Weg und Brücke, sowie durch die gegenseitige Abhängigkeit dieser Anlagen begründet wird. [33])

Ferner hat das Oberverwaltungsgericht wiederholt die Möglichkeit der Bildung einer Observanz ausgesprochen, wonach die im Zuge eines öffentlichen Weges gelegene, über den eine Mühle treibenden Privatfluß führende Brücke statt durch die Gemeinde durch den Mühlenbesitzer zu unterhalten ist, da eine geeignete Gemeinschaft, abgesehen von der Zugehörigkeit des Mühlenbesitzers zur Gemeinde, in dem gemeinsamen Interesse der Gemeinde und des Mühlenbesitzers an einer geregelten Unterhaltung der Brücke, welche in unmittelbarer Nähe der Mühle liegt und über den Mühlenfluß führt, gegeben ist. [34])

Eine hervorragende Rolle spielt die wegerechtliche Observanz vor allem aber überall dort, wo sich das gemeinsame Interesse der Uebenden nicht allein auf den Weg oder Wegeteil beschränkt, für den durch die Observanz gerade die konkrete Regelung getroffen werden soll, sondern dank einer bestimmten geschichtlichen Entwicklung alle Wegeangelegenheiten umfaßt.

So hat das vormalige Obertribunal das Bestehen einer Observanz für den Geltungsbereich der Stadt Berlin anerkannt, wonach der Fiskus verpflichtet ist, die im Zuge der öffentlichen Wege der Stadt Berlin liegenden Brücken zu unterhalten. [35]) Das Obertribunal führte zur Begründung aus, daß es keine genaue Kenntnis der Geschichte Berlins voraussetze, um zu erkennen, wie sehr die Interessen dieser Stadt von jeher mit denen des preußischen Staates verknüpft gewesen sind. Die jeweiligen Landesherren haben für die Erweiterung und Verschönerung ihrer Residenz gewirkt, einzelne städtische Grundstücke waren mit fürstlichem Recht beliehen, bei dem Ausbau der Wege und Straßen mußte

[31]) Germershausen a. a. O. S. 312.
[32]) D. J. Z. 1902/S. 535.
[33]) Pr. V. Bl. Bd. 20/281; O. V. G. E. 31/S. 196.
[34]) O. V. G. E. Bd. 30/300.
[35]) O. T. E. Bd. 65/196.

auf die besonderen Erfordernisse der Stadt als Festungsgebiet Rücksicht genommen werden und das heutige Stadtgebiet Berlins umfaßt eine Reihe ehedem landesherrlicher Grundstücke, die erst im Laufe der Entwicklung mit den städtischen Grundstücken zu einem Territorium vereinigt worden sind.

Eine ähnlich weitgehende Interessengemeinschaft hatte bis zur Auflösung der Gutsbezirke auf Grund des Gesetzes vom 27. Dezember 1927 auch zwischen den Gutsbezirken und den aus ihnen regelmäßig hervorgegangenen Gemeinden bestanden. [36])

Die tatsächliche Verbundenheit von Gemeinde und Gutsbezirk stammte aus einer Zeit, wo feste Grenzen zwischen Gemeinde und Gutsbezirk nicht bestanden haben, und es auf Grund der Erbuntertänigkeit in das Belieben des Gutsherrn gestellt war, Vorwerksland mit bäuerlichen Wirten zu besetzen, wodurch das Gutsgebiet Gemeindegebiet wurde, als auch umgekehrt Bauernstellen, ganz gleich, ob bewirtschaftete oder verlassene (wüste Haufen) in Gutsland umzuwandeln.

Es kommt hinzu, daß die Gutsherrlichkeit und die daraus sich ergebende Erbuntertänigkeit der Gemeindeinsassen ehedem die alleinige Grundlage war, auf der sich der Betrieb des ganzen Wegebaues in der Flur vollzog. [37]) Die Hand- und Spanndienste seiner Untertanen konnte der Gutsherr nicht allein zur Unterhaltung der innerhalb des Gutsterritoriums liegenden Wege, sondern auch zur Herrichtung der Straßen im Gemeindegebiet verwenden, soweit diese für ihn von irgendwelchem Nutzen waren. Ebenso hat der Gutsherr in vielen Fällen von altersher für den Bau der Gemeindewege die Materialien angeliefert, deren es im Gemeindegebiet mangelte, und sich dafür auf der anderen Seite besonderer Dienste der Bauern bei der Unterhaltung der im Gutsbezirk belegenen Wege versichert.

Endlich ist zu berücksichtigen, daß die Entwicklung der Guts- und Gemeindebezirke zu nebengeordneten Kommunalbezirken erst etwa in der Mitte des 19. Jahrhunderts beendet gewesen ist.

Alle diese Umstände waren bestimmend für die Bildung einer umfassenden Interessengemeinschaft zwischen dem Gutsbezirk und der Gemeinde in allen öffentlichen Angelegenheiten, die eine hervorragende Grundlage für die Entwicklung wegerechtlicher Observanzen gewesen ist.

Zusammenfassend ist also festzustellen, daß die rechtliche, insbesondere die kommunale Verbundenheit der Uebenden wohl eine ausgezeichnete Grundlage für die Entstehung wegerechtlicher Observanzen ist, eine Observanz sich aber auch dort bilden kann, wo eine nur tatsächliche Gemeinsamkeit der Interessen besteht, mag diese alle öffentlichen Angelegenheiten umfassen oder sich nur auf denjenigen Wegeteil beschränken, hinsichtlich dessen durch die Uebung gerade eine Regelung angestrebt wird.

Es wird nun, nachdem die Grundlage umrissen ist, auf der sich eine wegerechtliche Observanz zu bilden vermag, zu untersuchen sein, welchen konkreten Inhalt die einzelne Observanz im Wegerecht haben kann. Hier wieder sei mit der Prüfung der Bedeutung des Einflusses

---

[36]) O. V. G. E. Bd. 22/55; 12/275; 13/289; 43/242.
[37]) O. V. G. E. Bd. 12/275.

gewohnheitsrechtlicher Entwicklung für die Beantwortung der grundlegenden Frage nach der **Oeffentlichkeit eines Weges** begonnen.

§ 5.

Oeffentliche Wege sind nach der ständigen Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichtes alle die Wege, welche dem öffentlichen Verkehr unter Zustimmung aller öffentlich-rechtlich Beteiligten, d. h. der Wegepolizeibehörde, des Wegeunterhaltungspflichtigen und des Eigentümers der Wegefläche gewidmet worden sind.[38])

Das Wesen der Widmung interessiert in diesem Zusammenhang für die Frage, ob der Widmungsakt auch in einer Observanz seinen Ausdruck finden kann. Die Antwort hierauf ist wiederum davon abhängig, ob die Widmung überhaupt in die Gestalt eines materiellen Gesetzes gekleidet werden kann. Das aber muß verneint werden. Der Widmungsakt ist eine einzelne Rechtshandlung, von der sich das materielle Gesetz durch die Allgemeinheit seines Wirkens unterscheidet.[39])

Nun hat es allerdings auf den ersten Blick den Anschein, als ob gerade dieses charakteristische Merkmal des Rechtssatzbegriffes, nämlich die Allgemeinheit derer, an die der einzelne Rechtssatz sich wendet, auch bei der Widmung eines Weges für den öffentlichen Verkehr vorhanden ist;[40]) denn einer in Zahl und Individualität unbestimmten Personenmehrheit, dem Publikum, wird durch die Widmung der bestimmungsgemäße Verkehr auf dem Wege gestattet. Jedermann ohne Ausnahme ist zum Verkehr zugelassen.

Dieser Gemeingebrauch ist jedoch keine unmittelbare Folge der Widmung, sondern beruht auf der ausdrücklichen Bestimmung der Gesetze, daß die durch die Widmung öffentlich gewordenen Wege für den Verkehr der Allgemeinheit bestimmt sind.[41]) Die Widmung erschöpft sich also in der Begründung der Oeffentlichkeit des Weges und setzt die Voraussetzung, von der das Wirksamwerden der den Allgemeingebrauch gestattenden und gebietenden Normen abhängig ist. Sie ist Tatbestandsmerkmal der Norm, aber nicht die Norm selbst, der entsprechend das Publikum zum bestimmungsgemäßen Verkehr auf dem Wege zugelassen ist.

Da sich demnach die Widmung nicht selbst unmittelbar an die Allgemeinheit richtet, sondern nur eine einzelne Rechtshandlung ist, die allein die Sache, den Weg, berührt, ist die Begründung der Oeffentlichkeit eines Weges durch ein materielles Gesetz ausgeschlossen, und infolgedessen auch die Observanz ungeeignet, einen Einfluß auf die Oeffentlichkeit eines Weges auszuüben.[42])

Dieser Standpunkt ist vom Oberverwaltungsgericht von jeher geteilt worden.[43])

Kurz seien endlich noch diejenigen öffentlichen Wege erwähnt, deren Entstehung in unvordenkliche Zeit zurückreicht. Bei derartigen

---

[38]) Germershausen a. a. O. S. 2; O. V. G. E. Bd. 27/176 ff, 184.
[39]) W. Jellinek a. a. O. § 1. S. 4.
[40]) Körner a. a. O. S. 69.
[41]) Körner a. a. O. S. 70.
[42]) Germershausen a. a. O. § 1. S. 5; v. Bitter-Drews a. a. O. S. 1066.
[43]) O. V. G. E. Bd. 36/276; Pr. V. Bl. Bd. 41/118 I.

Wegen bedarf es nämlich kraft eines anerkannten gewohnheitsrechtlichen Grundsatzes für die Annahme ihrer Oeffentlichkeit nicht des strengen Nachweises der einzelnen Widmungsvorgänge, vielmehr kann hier aus späteren Tatsachen (z. B. langjährige Benutzung durch den öffentlichen Verkehr) auf eine früher erfolgte, in ihren Einzelheiten nicht mehr nachweisbare Widmung aller Rechtsbeteiligten geschlossen werden.[44])

Aus diesem Satze folgt aber nun nicht etwa die gewohnheitsrechtliche Begründung der Oeffentlichkeit der seit unvordenklicher Zeit der Allgemeinheit dienenden Wege, er enthält vielmehr nur eine widerlegbare Vermutung für das Vorhandensein des Widmungsaktes. Nicht die Widmung selbst ist also durch den fraglichen, gewohnheitsrechtlichen Satz etwa fiktionsmäßig ersetzt, sondern nur eine Rechtsvermutung für ihr Vorliegen geschaffen, ohne daß das Erfordernis des Widmungsaktes zur Begründung der Oeffentlichkeit für diese alten Wege verneint werden soll.

Der oben aufgestellte Satz, daß die Begründung der Oeffentlichkeit eines Weges durch Observanz ausgeschlossen ist, erfährt also durch diese gewohnheitsrechtliche Norm keine Einschränkung.

Ebensowenig wie die Oeffentlichkeit eines Weges durch Gewohnheitsrecht begründet werden kann, vermag eine Wegestrecke, die in rechtswirksamer Weile Teil einer Chaussee geworden ist, der Eigenschaft als Chaussee durch eine Observanz verlustig gehen. Die Entstehung wie die Aufhebung einer Chaussee ist abhängig von einem staatshoheitlichen Verwaltungsakt, dem Akte der Anerkennung, bzw. der Deklassierung, der als eine einen konkreten Fall regelnde Rechtshandlung ebenso wie die Widmung nicht durch eine allgemeine Norm ersetzt werden kann.[45])

§ 6.

Eine Gestaltung des **Gemeingebrauches** im Wege der lokalen Rechtsentwicklung ist ebenfalls ausgeschlossen.

Bei der Untersuchung des Einflusses der Observanz auf die Begründung der Oeffentlichkeit eines Weges ist eben ausgeführt worden, daß der Allgemeingebrauch auf ausdrücklichen Bestimmungen des objektiven Rechtes beruht. Diese positive Grundlage für die Berechtigung und den Umfang des Gemeingebrauches an öffentlichen Wegen enthält § 7 II. 15 des Allgemeinen Landrechtes:

> „Der freie Gebrauch der Land- und Heerstraßen ist einem jedem zum Reisen und Fortbringen seiner Sachen gestattet."

denn diese Bestimmung hat nicht allein Bedeutung für die Land- und Heerstraßen im Sinne des Allgemeinen Landrechtes, sondern enthält vielmehr den für alle öffentlichen Wege und darüber hinaus auch für alle öffentlichen Sachen geltenden Grundsatz, daß jedermann ohne Ausnahme die Freiheit zusteht, öffentliche Sachen ihrer Zweckbestimmung gemäß in der üblichen Weise zu gebrauchen.[46])

Der Allgemeingebrauch findet danach seine Begrenzung in der durch die Freigabe an das Publikum liegenden Konkurrenz aller

---

[44]) Germershausen a. a. O. S. 14; W. Jellinek a. a. O. S. 223 O. V. G. E. Bd. 68/369; 74/218; 87/330; Ru. Pr. V. Bl. Bd. 52/815

[45]) O. V. G. E. Bd. 46/295.

[46]) W. Jellinek a. a. O. S. 510, O. V. G. E. Bd. 10/196.

Glieder[47]) und in der besonderen Widmung der einzelnen öffentlichen Sachen, sowie in der Bestimmung dessen, was nach den örtlichen Verhältnissen als üblich gilt.[48])

Der Gemeingebrauch hat sich infolgedessen den örtlichen Verhältnissen und dem jeweiligen Stande der Entwicklung der kulturellen und wirtschaftlichen Bedürfnisse anzupassen und die damit in Zusammenhang stehende Gestaltung der Verkehrsmittel und der Verkehrsobjekte zu berücksichtigen.[49])

Der von der Wissenschaft und der Rechtssprechung ausgebildete Begriff des Gemeingebrauches ist also so weit gefaßt und so sehr auf eine Berücksichtigung der örtlichen Verhältnisse und Anschauungen abgestellt, daß es einer Gestaltung des Gemeingebrauches durch lokale Gewohnheitsrechtsentwicklung garnicht mehr bedarf.[50]) Abgesehen davon erscheint aber ein Einfluß der Observanz auf die Gestaltung des Gemeingebrauches schon um dessentwillen ausgeschlossen, weil die Regelung desselben, wie oben ausgeführt worden ist, auf einem allgemeinen, im geschriebenen Recht zum Ausdruck gekommenen Verwaltungsrechtsgrundsatz begründet ist, dessen Abänderung durch örtliche Gewohnheitsrechtsbildung ausgeschlossen ist.

§ 7.

Im Anschluß an die Untersuchung der Bedeutung der Observanz für die Frage nach der Oeffentlichkeit eines Weges und für die Gestaltung des Gemeingebrauches ist **das sogenannte Auenrecht** zu erwähnen, das sich namentlich in Schlesien, aber auch in den Provinzen Pommern und Brandenburg gewohnheitsrechtlich entwickelt hat. Wenngleich dieses Auenrecht keine nur dem Wegerecht eigentümliche Erscheinung ist, ist es doch notwendig, seine Grundzüge hier aufzuweisen, weil es auf den ersten Blick den Anschein hat, als stände diese Rechtsbildung der oben getroffenen Feststellung, daß die Oeffentlichkeit eines Weges gewohnheitsrechtlich nicht begründet werden könne, entgegen.

Es macht nämlich das Wesen des Auenrechtes aus, daß die zur sogenannten Aue gehörigen Wege zwar im Eigentum des Gutsbesitzers stehen, jedoch in erster Linie öffentlichen Interessen zu dienen bestimmt sind. Eine Verfügung des Eigentümers über sie ist nur zulässig, soweit nicht die Interessen der Gemeinde und der Dorfinsassen an der Benutzung entgegenstehen.

Diese gewohnheitsrechtliche Beschränkung des Eigentums des Gutsbesitzers zugunsten der Gemeindeinsassen hat aber nicht die Bedeutung, daß die Oeffentlichkeit der in der Aue liegenden Wege etwa kraft dieses Gewohnheitsrechtes begründet worden ist. Während nämlich der kraft Widmungsakt öffentlich gewordene Weg jedermann ohne Ausnahme zur Benutzung offen steht, begründet das Auenrecht nur ein

---

47) O. V. G. E. Bd. 10/196.
48) Körner a. a. O. 145 ff.
49) Germershausen a. a. O. § 5. S. 75.
50) Anderer Ansicht ohne nähere Begründung Germershausen a. a. O. § 5. S. 75.

Recht der Dorfinsassen, also eines begrenzten Personenkreises, an der Benutzung der Auenwege.

Es gibt allerdings auch beschränkt öffentliche Wege, bei denen der Gemeingebrauch, die widmungsmäßige Benutzung, nach Art und Zweck des Weges eingeschränkt ist. In dem durch die widmungsmäßige Begrenzung geschaffenen Rahmen aber steht jedem Gliede des Publikums das Recht zur Benutzung des Weges in gleicher Weise und in gleichem Umfange zu. Die Beschränkung der Verfügungsmacht des Eigentümers durch das Auenrecht hat dagegen eine völlig andere Bedeutung. Nicht die Art des Verkehrs wird in irgendeiner Weise begrenzt, sondern der Kreis der Berechtigten ist eingeschränkt. Nur die Dorfinsassen sind zur Nutzung der Auenwege berechtigt. Die Begründung der Oeffentlichkeit eines Weges durch Auenrecht ist daher begrifflich ausgeschlossen. [51])

Wenn hier trotzdem vielfach Unklarheit herrscht, liegt dies daran, daß aus naheliegenden Gründen tatsächlich die Auenwege regelmäßig gleichzeitig öffentliche Wege sind, sei es, daß ein entsprechender Widmungsakt aller Rechtsbeteiligten in jüngerer Zeit nachzuweisen ist oder daß an die Stelle der ausschließlichen Nutzung des Weges von Seiten der Dorfinsassen bereits in unvordenklicher Zeit die Benutzung durch das allgemeine Publikum getreten ist, sodaß sich ein strenger Nachweis der einzelnen Widmungshandlungen erübrigt.

Das Auenrecht interessiert in diesem Zusammenhang ferner noch im Folgenden:

Durch die Begründung der Oeffentlichkeit der Auenwege verliert die Zugehörigkeit der Wegefläche zum Gebiete der Dorfaue nicht an Bedeutung, weil die sich aus dem Auenrecht ergebende Nutzungsberechtigung der Dorfinsassen nicht vollkommen identisch ist mit den Rechten, die der Allgemeinheit im Falle der Oeffentlichkeit eines Weges eingeräumt sind. Soweit daher der durch das Auenrecht begründete Anspruch der Dorfinsassen umfassender ist als der Gemeingebrauch, ist die Nutzung des Weges durch die Dorfinsassen nach auenrechtlichen Grundsätzen zu beurteilen.

Dieser Satz, daß die auenrechtliche Nutzung eines Weges unter Umständen weitgehender sein kann als der widmungsmäßige Gebrauch des Weges wird jedoch allgemein mit der Begründung abgelehnt, daß den Dorfinsassen kraft Auenrechtes nur der Verkehr auf den Auenwegen zusteht, jede weitere Nutzung aber ausgeschlossen sei. [52])

Es würde über den Rahmen der Arbeit hinausführen, hierzu im Einzelnen Stellung zu nehmen. Ebenso wie aber der Begriff des Gemeingebrauches nur aus der geschichtlichen Entwicklung der öffentlichen Wege und ihrer Bedeutung für die Allgemeinheit hergeleitet werden kann, ist bei der Beurteilung des Umfanges des auenrechtlichen Gebrauches auf die Anfänge der auenrechtlichen Entwicklung zurückzugehen, und es sind alle Ereignisse zu berücksichtigen, die für die Bestimmung des Inhaltes der auenrechtlichen Beschränkung maßgebend gewesen sein können. Aus der geschichtlichen Entwicklung des Auen-

---

[51]) O. V. G. E. Bd. 15/324 ff.

[52]) Riemann a. a. O. S. 46; Urteil des O. L. G. Breslau v. 23. 9. 1908 i. d. Zeitschrift d. Anwaltskammer 08/45 ff.

rechtes aber erhellt, daß die Bestimmung der Dorfaue für die Nutzung der Dorfinsassen von jeher eine so umfassende gewesen ist, daß zum Nachweise einer durch die Steigerung der Bedürfnisse bedingten Nutzungsberechtigung eine besondere Observanz nicht mehr erforderlich ist; denn die Aue soll nicht allein dem Verkehr, sondern auch allen anderen Bedürfnissen der Dorfinsassen dienen, ganz gleich, welcher Art sie auch sein mögen. Es mag allerdings in der Regel zutreffend sein, daß sich in früheren Zeiten dieses öffentliche Bedürfnis in dem Verkehr auf den Wegen erschöpfte, dadurch wird aber nichts an der Bestimmung der Aue für jede im öffentlichen Interesse liegende Nutzung durch die Dorfinsassen geändert, sodaß bei Vorhandensein eines Bedürfnisses, dessen Befriedigung nach der örtlichen Auffassung erforderlich erscheint, der Nachweis einer besonderen Observanz überflüssig ist. [53])

§ 8.

Das eigentliche Tätigkeitsfeld der wegerechtlichen Observanz ist die **Regelung der Wegebaupflicht** hinsichtlich derer sie noch heute eine hervorragende Rolle spielt.

Wenn in der Einleitung bereits darauf hingewiesen worden ist, daß der Gesetzgeber sich bisher gescheut hat, das Wegerecht einheitlich und umfassend zu regeln, weil in Anbetracht der bisherigen Vielfältigkeit der Normen jede Vereinheitlichung des bisherigen Rechtszustandes unverhältnismäßig große Härten für den Einzelnen zur Folge haben würde, so gilt dies in erster Linie gerade für die Regelung der Wegeunterhaltungspflicht, dem wichtigsten und hervorragendsten Problem des Wegerechtes überhaupt.

Die Frage nach dem Träger der Wegeunterhaltungspflicht wird beinahe von jeder der in den einzelnen Landesteilen jeweils geltenden Wegeordnungen anders beantwortet, und auch diese für eine einzelne Landschaft geltenden Bestimmungen haben regelmäßig nur subsidiäre Bedeutung; denn sie haben im allgemeinen die vor ihrem Inkrafttreten bestehende örtliche Regelung der Wegeunterhaltungspflicht nicht berührt und in vielen Fällen auch eine Neugestaltung der Wegeunterhaltungspflicht im Wege der lokalen Rechtsentwicklung zugelassen.

Eine eingehende Prüfung der Bedeutung der Observanz für die Regelung der Wegeunterhaltungspflicht in den verschiedenen preußischen Landesteilen ist gleichbedeutend mit einer in dieser Richtung zu führenden Interpretation der einzelnen Ordnungen, da sich die Observanz immer nur dort bilden kann, wo das geschriebene Recht die gewohnheitsrechtliche Entwicklung ausdrücklich oder stillschweigend anerkennt.

Der Mannigfaltigkeit des bisherigen Rechtszustandes entsprechend würde daher eine solche, in das Einzelne gehende Untersuchung der Entwicklungsmöglichkeiten der Observanz in allen Landschaften, Provinzen und Bezirken des preußischen Staatsgebietes einer Darstellung des zur Zeit geltenden Wegerechtes überhaupt gleichkommen und über den Rahmen dieser Ausführungen hinausführen. Hier wird es vielmehr darauf ankommen, einige große Linien der gewohnheitsrechtlichen Ent-

[53]) Anmerkung der Redaktion in der Zeitschrift der Anwaltskammer Breslau zu dem oben zitierten Urteil des O. L. G. vom 23. 9. 1908.

wicklung der Wegebauunterhaltungspflicht zu zeichnen und die allgemeinen Sätze aufzufinden, die für die Beurteilung der Zulässigkeit von lokalem Gewohnheitsrecht und die damit verbundene Auslegung der einzelnen Wegeordnungen wichtig werden können.

Was die allgemeinen gesetzlichen Grundlagen des Wegerechtes wie aller Rechtsentwicklung in Preußen überhaupt anbelangt, sind drei große Gebiete zu unterscheiden:

1. Das Geltungsbereich der französischen Gesetzgebung im linksrheinischen Teile der Rheinprovinz.
2. das Gebiet des gemeinen Rechtes.
3. Das Gebiet des Allgemeinen Landrechtes, in der Hauptsache die östlichen Provinzen des Staates.

Diese Dreiteilung ist auch für die Frage der Zulässigkeit einer gewohnheitsrechtlicher Gestaltung des Wegerechtes von grundlegender Bedeutung.

I.

Im linksrheinischen Teile der Rheinprovinz wird die Wegebaupflicht durch Normen der französischen Gesetzgebung geregelt, die in der Zeit der napoleonischen Besetzung und Verwaltung dieses Bezirkes eingeführt und erlassen worden sind. Gemäß § 2, Art. 4 des Gesetzes vom 11. Frimaire 7 (1. Dezember 1798) über die Einteilung des Staatsgebietes sind alle aus der Zeit vor der Einführung der französischen Gesetzgebung stammenden, die Wegebaupflicht betreffenden Gewohnheitsrechte und Observanzen aufgehoben worden. Ebenso ist eine neuerliche lokale Gewohnheitsrechtsbildung in Zukunft ausgeschlossen.

Eine Ausnahme gilt jedoch gemäß dem von Napoleon bestätigten Staatsratsgutachten vom 25. Mai 1807, dessen Rechtsverbindlichkeit in Frankreich ohne Zweifel ist, für diejenigen, im Jahre 1798 bereits bestehenden Observanzen, die die Unterhaltspflicht bezüglich der Pflasterung der Fahrbahnen und der Bürgersteige der Ortsstraßen regeln.[54])

In dem erwähnten Gutachten des französischen Staatsrates wird zur Begründung dieser Auffassung von der Erwägung ausgegangen, daß das Gesetz vom 11. Frimaire 7, indem es zwischen den von den Städten zu unterhaltenden Ortsstraßen und den vom Staate zu erhaltenden großen Straßen unterscheidet, nur die der Sorge und der Obhut der Gemeinden obliegenden Ortsstraßen in Gegensatz zu den vom Staate zu unterhaltenden Straßen bringen wollte, ohne aber eine Regelung der Aufbringung dieser Ausgaben innerhalb der Gemeinden zu beabsichtigen. Bis zur Schaffung eines derartigen, auch die Unterhaltungspflicht innerhalb des Gemeindegebietes regelnden Gesetzes müsse daher das bisherige Herkommen seine Wirksamkeit behalten.[55])

Der in dem Staatsratsgutachten ausgesprochene Vorbehalt, daß dieses Herkommen immer nur dann gelten solle, wenn die regelmäßigen Einkünfte der Gemeinden zur Bestreitung der sich aus der Wegebaupflicht ergebenden Ausgaben nicht ausreichten, kann irgendeine Geltung für das heutige Recht nicht mehr beanspruchen. Die Anschauung, daß die Wegeunterhaltungspflicht erst dann begründet sein soll, wenn die

[54]) Germershausen a. a. O. S. 216; Ecker a. a. O. S. 152.

Leistungsunfähigkeit eines Dritten, zunächst Pflichtigen, feststeht, liegt unserem Rechte fern. Eine Umwandlung dieser selbständigen Unterhaltungspflicht aber in eine gewöhnliche Abgaben- und Steuerpflicht ist ebenfalls nicht denkbar. [56])

Germershausen endlich führt aus, daß der genannte Vorbehalt in dem Gutachten des Staatsrates schon um dessentwillen bedeutungslos sei, weil von einer mangelnden Deckung der Gemeindeausgaben durch die gewöhnlichen Einkünfte solange nicht gesprochen werden kann, als die Gemeinde noch Steuern erhebt. [57])

II.

Im Gebiet des gemeinen Rechtes bestehen Beschränkungen für eine gewohnheitsrechtliche Gestaltung der Wegeunterhaltungspflicht in der Regel überhaupt nicht. Das gilt jedoch nur, soweit nicht das Partikularrecht selbst eine bestimmte Regelung der Unterhaltungspflicht mit ausschließlicher Wirkung treffen wollte und daher entweder ausdrücklich oder auch nur stillschweigend die lokale Gewohnheitsrechtsbildung ausgeschlossen hat. [58])

III.

Das Allgemeine Landrecht enthält für das Gebiet des Wegerechtes im Wesentlichen nur Bestimmungen über die Land- und Heerstraßen und bestimmt in § 11 II. 15, daß der Fiskus für die Unterhaltung dieser Hauptverkehrswege pflichtig ist.

Eine unmittelbare Abänderung dieser Pflicht des Fiskus durch eine Observanz ist ausgeschlossen, da die Vorschrift des § 11 II. 15 A. L. R., wie aus ihrem Wortlaut zu schließen ist, zwingender Natur ist. [59])

In welcher Weise die Unterhaltungspflicht des Fiskus eine Aenderung erfahren kann, ist ausschließlich in § 15 II. 15 A. L. R. geregelt, wonach durch Provinzialgesetze oder besondere Wegeordnungen die Wegebaupflicht eines Dritten bestimmt werden kann. Daß unter „Gesetzen“ und „Ordnungen“ im Sinne dieser Bestimmung nur geschriebene Normen verstanden werden dürfen, erhellt aus der Sprachweise des Allgemeinen Landrechtes, das, je nachdem, ob geschriebene oder ungeschriebene Normen gemeint sind, von Gesetzen oder Gewohnheiten spricht.

Wohl aber ist es möglich, daß diese eben erwähnten provinziellen Gesetze und Wegeordnungen selbst eine Regelung der Wegebaupflicht durch Observanz zulassen. Dann kann im Geltungsbereich der betreffenden, die lokale Rechtsenwicklung gestattenden, provinziellen Normen die in § 11 II 15 A. L. R. bestimmte Wegebaulast des Fiskus durch eine Observanz abgeändert werden, sofern nur die Wegebaupflicht hinsichtlich der Land- und Heerstraßen, mag sie im Uebrigen auch in vollkommener Uebereinstimmung mit den Bestimmungen des Allge-

---

[55]) O. V. G. E. Bd. 47/251.
[56]) O. V. G. E. Bd. 47/251.
[57]) Germershausen a. a. O. S. 217.
[58]) J. Schmidt a. a. O. S. 71.
[59]) Publ. Patent z. A. L. R. Nr. VII; §§ 3, 4 Einl. z. A. L. R.

meinen Landrechtes geregelt sein, Gegenstand dieses Provinzialgesetzes geworden ist.[60])

Was für den Einfluß der Observanz auf die Wegeunterhaltungspflicht des Fiskus gilt, hat gleiche Bedeutung für die gewohnheitsrechtliche Abänderung der Baupflicht des Zollberechtigten, die ebenfalls im Allgemeinen Landrecht geregelt ist. Auch diese Pflicht des Fiskus kann durch Observanzen keinen Wandel erfahren, weil sie in § 138 II 15 A. L. R. ihre erschöpfende und ausschließliche Regelung erfahren hat.[61])

Eine abweichende Regelung ist hier analog dem oben hinsichtlich der Landstraßenbaupflicht Gesagten nur durch Provinzialgesetze und besondere Wegeordnungen möglich, gegenüber denen das Allgemeine Landrecht stets subsidäre Bedeutung hat.[62])

Soweit diese provinziellen Normen also eine gewohnheitsrechtliche Abänderung der Baupflicht des Zollberechtigten zulassen, kann die Pflicht des Zollberechtigten ebenso wie die Landstraßenunterhaltungspflicht durch Observanzen einen Wandel erfahren.[63]) So hat das Oberverwaltungsgericht seinerzeit entschieden, daß im Gebiete des kursächsischen Straßenbaumandats vom 28. April 1781, das auch schon die Baupflicht des Zollberechtigten behandelt und bisherige, sowie zukünftig sich entwickelnde Observanzen auf diesem Gebiete anerkennt, eine Abänderung der Bestimmung des § 138 II 15. des Allgemeinen Landrechtes durch Gewohnheitsrecht zulässig ist.[64])

Abgesehen von einigen Sondernormen ist mit den eben genannten Vorschriften die Regelung der Wegeunterhaltungspflicht durch das Allgemeine Landrecht erschöpft. § 37 II 7 A. L. R., der zu den Gemeindearbeiten die Ausbesserung gemeinschaftlicher Wege und Brücken zählt, hat nur Bedeutung im Verhältnis der Gemeinde zu ihren Gliedern, ohne aber eine Wegebaupflicht der Gemeinde festsetzen und begründen zu wollen.[65])

Für alle nicht zu den Land- und Heerstraßen gehörigen Wege finden daher bezüglich der Frage der Wegebaulast die provinziellen Gesetze und Wegeordnungen unmittelbare Anwendung. Da aber die provinziellen Normen, wie eben ausgeführt worden ist, bezüglich der Land- und Heerstraßen gegenüber den nur subsidiär geltenden Bestimmungen des Allgemeinen Landrechtes den Vorrang genießen, und es auch im Gebiete des gemeinen Rechtes allein auf die in den einzelnen Landschaften erlassene partikulare und provinzielle Gesetzgebung ankommt, wird nun in großen Umrissen die Bedeutung der **lokalen Gewohnheitsrechtsbildung in den Wegeordnungen** der einzelnen Landschaften des Staatsgebietes zu untersuchen sein.

IV.

Aus der Vielzahl der provinziellen Normen zeichnen sich deutlich diejenigen Wegeordnungen, Edikte und Reglements ab, die bis zur

---

[60]) Germershausen a. a. O. S. 293, 309; O. V. G. E. Bd. 36/273.
[61]) O. V. G. E. Bd. 46/271, 295; Germershausen a. a. O. S. 309.
[62]) Nr. III, IV Publ. Patent. zum A. L. R.
[63]) O. V. G. E. Bd. 46/267.
[64]) O. V. G. E. Bd. 43/244.
[65]) Koch a. a. O. Anm. 41 zu § 37. II. 7. A. L. R.

Wende des 18. Jahrhunderts in den einzelnen Bezirken erlassen worden sind.

Wie bereits im Allgemeinen Teil ausgeführt worden ist, haben diese Ordnungen nur den bisherigen Rechtszustand sanktionieren wollen, ohne eine zukünftige, gewohnheitsrechtliche Gestaltung des Wegerechtes und insbesondere der Wegebaupflicht zu hemmen.[66])

Diese Erwägung gerade spielte eine besondere Rolle bei der Auslegung des schlesischen Provinzialrechtes. Das Landstraßen- und Wegereglement für das **Herzogtum Schlesien** und die Grafschaft Glatz vom 11. Januar 1767, das für alle öffentlichen Wege mit Ausnahme der Chausseen maßgebend ist,[67]) verweist in seinen §§ 6, 7 für die Regelung der Wegeunterhaltungspflicht auf die althergebrachten Gewohnheiten und die „bisherigen" Observanzen. Danach unterlag es wohl keinem Zweifel, daß jedenfalls alle bereits vor Inkrafttreten des Reglements bestehenden Observanzen ihre Wirksamkeit behalten haben. Strittig jedoch war, ob sich derartige Observanzen auch noch nach Erlaß des Reglements neu bilden können. Das Obertribunal hatte sich seinerzeit gegenüber jeder behaupteten Neubildung eines lokalen Gewohnheitsrechtes ablehnend verhalten, mit der Begründung, daß das Reglement in den §§ 6, 7 ausdrücklich nur die „bisherigen" Observanzen aufrechterhalten wissen wollte.[68])

Das Oberverwaltungsgericht hat sich aber entgegen dieser engen, am Buchstaben haftenden Interpretation des Reglements mit Recht auf den Standpunkt gestellt, daß gerade mit Rücksicht auf die oben erwähnte Tendenz der älteren Wegeordnungen, nur den bisherigen Rechtszustand zu sanktionieren, ohne einer zukünftigen Observanzbildung hindernd zu sein, in den §§ 6, 7 des Reglements auch eine Neubildung des Gewohnheitsrechtes nach Erlaß des Reglements als zulässig anerkannt worden sei. Hätten die Redaktoren des Reglements tatsächlich eine zukünftige Entwicklung des örtlichen Gewohnheitsrechtes ausschließen wollen, so hätten sie, fährt das Oberverwaltungsgericht fort, dies mit Rücksicht auf die damals allgemeine Anerkennung jeder örtlichen Rechtsbildung in anderer Form deutlich und klar zum Ausdruck gebracht.[69])

Aehnliche Erwägungen sind für die Auslegung des in der **Provinz Brandenburg** geltenden Provinzialrechtes maßgebend gewesen. In § II des Ediktes vom 18. April 1792 über die Verbindlichkeiten der Untertanen in der Churmark pp. heißt es, der Gesetzgeber habe jene Observanz, wonach die Gemeinden in der Regel für die in ihrem Gebiet liegenden Wege baupflichtig sind, „bestätigen wollen, bis in dem Churmärkischen Provinzialgesetzbuch hierüber ein näheres bestimmt worden". Aus dieser Bestimmung hatte das Obertribunal seinerzeit — in einer Entscheidung vom 14. 6. 1864 — gefolgert, daß das frühere Herkommen zum Provinzialgesetz erhoben worden sei, und sich daher eine neuerliche, abweichende Observanz nicht mehr habe bilden können.

---

[66]) O. V. G. E. Bd. 36/278; 40/250 ff.

[67]) Friedenthal a. a. O. § 3. S. 7.

[68]) O. T. E. Bd. 56/365.

[69]) O. V. G. E. Bd. 9/75 ff.; 12/252 ff.; 16/293; Friedenthal a. a. O. § 35. Nr. 2. S. 131.

Das Oberverwaltungsgericht hat auch hier in Uebereinstimmung mit seiner bereits bei der Beurteilung der Normen des schlesischen Wegereglements ausgesprochenen Auffassung sich im Gegensatz zu der Ansicht des Obertribunals dahin entschieden, daß auch das Churmärkische Edikt nur das bestehende Gewohnheitsrecht als solches habe bezeugen, bestätigen und erhalten wollen, abgesehen davon, daß dieses Edikt überhaupt nur die Verbindlichkeiten in Ansehung des Chausseebaues regeln sollte. Eine Absicht des Gesetzgebers aber, das damalige Herkommen mit ausschließlicher Wirkung zu kodifizieren, sei aus dem Wortlaut des Ediktes nicht erkennbar.[70])

Zu diesen Wegeordnungen, die nur den bisherigen Zustand bestätigen wollen, ohne eine zukünftige, lokale Rechtsentwicklung auszuschließen, gehört auch — um noch eine dieser aus dem 18. Jahrhundert stammenden Ordnungen herauszugreifen — das Wegereglement im **Herzogtum Pommern** und den Herrschaften Lauenburg und Bütow vom 25. Juni 1752. In § 9 dieser Ordnung wird die Wegebaupflicht allen Besitzern der Grenzflur auferlegt, „es wäre denn, daß ein anderes rechtlich ausgemachet und von dem Gegentheil nicht geleugnet werden könne".[71]) Aus diesem Wortlaut des Reglements erhellt zweifelsfrei, daß in Pommern die in § 9 des Wegereglements für dieses Gebiet genannte Regelung durch eine vor oder nach Inkrafttreten des Reglements entstandene Observanz abgeändert werden kann.[72]) Tatsächlich hat auch die lokale Gewohnheitsrechtsbildung in Pommern bezüglich der Wegeunterhaltungspflicht ein überaus mannigfaches Bild geschaffen.[73])

Anders als diese Wegeordnungen, die etwa bis zur Wende des 18. Jahrhunderts in den einzelnen, jetzt preußischen Gebietsteilen erlassen worden sind, haben die im Laufe des 19. Jahrhunderts geschaffenen Wegeordnungen die Tendenz, nicht allein das bisher Herkömmliche zu kodifizieren, sondern auch die bisherige Unsicherheit und Verwirrung durch eine Vereinheitlichung des Rechtszustandes zu mildern oder zu beseitigen. Der Absicht dieser Gesetze entsprechend sollte daher die Unterhaltungspflicht für die öffentlichen Wege ein für allemal festgestellt werden, so daß weder früher bestehende Observanzen, soweit sie nicht durch die Kodifizierung ein Bestandteil des geschriebenen Rechtes geworden sind, ihre Wirksamkeit behalten, noch die Entwicklung neuer Observanzen zulässig ist.

So bestimmt § 45 des **hannoverischen** Gesetzes über die Gemeindewege und Landstraßen vom 28. August 1851 ausdrücklich, daß alle vor Inkrafttreten dieser Ordnung vorhanden gewesenen Verpflichtungen zur Unterhaltung von Gemeindewegen und Landstraßen, mögen sie „auf gesetzlicher Vorschrift oder einem derselben gleichstehenden Titel beruhen", aufgehoben werden. Eine Neubildung von Gewohnheitsrecht aber ist deshalb ausgeschlossen, weil diese hannoverische Wegeordnung die Wegeunterhaltungspflicht selbst erschöpfend geregelt hat, sodaß, wie bereits im Allgemeinen Teil ausgeführt worden ist, mangels

---

[70]) O. V. G. E. Bd. 33/300; Germershausen a. a. O. § 17. Anm. 23. S. 195 und die dort zitierte Literatur.

[71]) O. V. G. E. 12/277.

[72]) Germershausen a. a. O. § 18, S. 200;; O. V. G. E. Bd. 14/289.

[73]) Hoffmann a. a. O. S. 8.

besonderer Verweisung für die Bildung lokalen Gewohnheitsrechtes sowieso kein Raum mehr bleibt.[74])

Das eben Gesagte galt auch für das inzwischen wieder aufgehobene Gesetz betr. die Abänderung der Wegegesetze im Regierungsbezirk **Cassel** vom 16. März 1879.[75]) Abgesehen davon aber, daß auch hier die Wegebaupflicht erschöpfend geregelt worden und daher schon deshalb jede gewohnheitsrechtliche Entwicklung ausgeschlossen gewesen ist, wurde die Absicht des Gesetzgebers, jede Neubildung von Gewohnheitsrecht zu verhindern, deutlich durch die Fassung des § 1 des genannten Gesetzes. Diese Bestimmung hat die auch in Zukunft zulässigen Abweichungen von der allgemeinen Regelung der Wegeunterhaltungspflicht — nämlich die Uebernahme der Last seitens größerer kommunaler Verbände oder auf Grund besonderer privatrechtlicher Titel — ausdrücklich und ausschließlich bestimmt. Alle anderen öffentlich-rechtlichen Normen bezüglich der Regelung der Wegeunterhaltungspflicht, welcher Art sie auch sein mögen, waren daher per argumentum e contrario beseitigt.[76])

Die um die Jahrhundertwende erlassenen, neuen, im Geiste moderner Verwaltungsrechtsgrundsätze redigierten Wegeordnungen beseitigen ebenfalls kraft ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung im Bereiche ihrer jeweiligen Geltung die Observanz als Rechtsquelle für die Regelung der Wegeunterhaltungspflicht.

So bestimmt § 42 Abs 1 der Wegeordnung für die **Provinz Sachsen,** der im Allgemeinen die anderen, modernen Wegeordnungen nachgebildet worden sind,[77]) daß „das gegenwärtige Gesetz . . . . an Stelle aller bisherigen, allgemeinen oder besonderen gesetzlichen Vorschriften, Ordnungen, Gewohnheitsrechte und Oberservanzen in Beziehung auf die Wegebaulast“ tritt.

Daß durch diese Bestimmung aber auch jede zukünftige Neubildung eines Gewohnheitsrechtes ausgeschlossen sein soll, bedarf mit Rücksicht auf das oben Gesagte keiner Begründung mehr. Es folgert notwendig aus der Tendenz dieser neuen Ordnungen, selbst die Unterhaltungspflicht erschöpfend zu regeln. Absatz 2 des § 38 der Wegeordnung für Ostpreußen ist daher überflüssig.

Die genannten Wegeordnungen kennen jedoch **Ausnahmefälle,** in denen auch noch nach ihrem Inkrafttretendie Wirksamkeit eines Gewohnheitsrechtes möglich sein soll.

Einen derartigen Vorbehalt zugunsten der gewohnheitsrechtlichen Entwicklung enthält zum Beispiel § 16 Abs. 4 in Verbindung mit § 16 Abs. 2 Satz 2 der Wegeordnung **für Ostpreußen.** Danach sind diejenigen Observanzen in Kraft geblieben, durch die die Wegebaulast an den Bürgersteigen in den Städten und den Fußwegen innerhalb der geschlossenen Ortslage der Gemeinden den Anliegern oder einer bestimmten Klasse von ihnen ganz oder teilweise auferlegt wird. Ferner sind

[74]) Germershausen a. a. O. § 22. S. 234; O. V. G. E. Bd. 40/255.

[75]) Protokolle des preuß. Landtages, Sitzungsperiode 1878/79, Stück 100, S. 5.

[76]) O. V. G. E. Bd. 40/255.

[77]) Wegeordnung für die Provinz Ostpreußen v. 10. 7. 1911; Wegeordnung für die Provinz Westpreußen v. 27. 9. 1905; Wegeordnung für die Provinz Posen v. 15. 7. 1907.

nach § 42 derselben Wegeordnung, der im Uebrigen dem § 43 der Wegeordnung für Westpreußen und dem § 42 der Wegeordnung für Posen entspricht, alle Observanzen erhalten geblieben, durch die Wegebaupflichten des Reiches oder des Staates begründet worden sind. Durch diese letztgenannte Sonderbestimmung sollte, was nebenbei erwähnt sei, verhütet werden, daß die beiden leistungsfähigsten Träger der Wegebaulast, das Reich und der Staat, auf Kosten der schwächeren Gemeinden und Gutsbezirke, den nunmehr im Geltungsbereich der genannten Wegeordnungen Regelverpflichteten, entlasten würden.

Es ist nun die Frage aufgetaucht, wieweit derartige, durch diese Wegeordnungen aufrechterhaltenen Observanzen einer Weiterentwicklung fähig sind. Da nach dem Wortlaut der entsprechenden Bestimmungen nicht angenommen werden kann, daß diese Observanzen durch die bloße allgemeine Bezugnahme des Gesetzgebers die Bedeutung eines geschriebenen Rechtes erlangen und kodifiziert werden sollten, ist eine Fortentwicklung dieses Gewohnheitsrechtes zulässig, und der Richter hat im Einzelfalle die Observanz so anzuwenden, wie sie im Zeitpunkt des Streitfalles erkennbar ist. [78])

V.

Die für die Unterverteilung der Wegebaulast in den Gemeinden geltenden Gesetze sind nicht wegerechtlicher Natur, sondern gehören zu den allgemeinen Normen des Abgabenrechtes. Ein näheres Eingehen auf diese Bestimmungen und eine Untersuchung, welche Bedeutung die Observanz bezüglich der Abwälzung der Gemeindepflichten auf die einzelnen Angehörigen der Gemeinde hat, würde daher über den Rahmen der Arbeit hinausführen. Hier genügt die Feststellung, daß für die Naturaldienste, die ihr wesentliches Anwendungsgebiet bei den Kosten der Wegebaulast haben, vorhandenes und neu sich entwickelndes Gewohnheitsrecht gemäß §§ 78, 96 des Kommunalabgabengesetzes bis zur Abänderung durch rechtsgültigen Gemeindebeschluß oder Anordnung der Aufsichtsbehörde in Kraft geblieben ist, soweit es nicht in Widerspruch zu zwingenden Vorschriften des § 68 K. A. G. steht.

Der eben erwähnte § 68 K. A. G. verweist selbst auf die Observanz bezüglich der Frage, ob und wieweit eine Anrechnung von Spanndiensten auf die Handdienste stattzufinden hat, sowie hinsichtlich der Befreiung der unteren Kirchendiener von den Naturaldiensten (§ 68 K. A. G. Abs. 6).

§ 9.

Nachdem nun die Bedeutung der Observanz für die Regelung der Wegeunterhaltungspflicht im Allgemeinen dargestellt worden ist, bedarf es noch eines Eingehens auf die Besonderheiten, die für die Pflicht zur **Unterhaltung der Bürgersteige** gelten.

Die Anlegung und Unterhaltung von Bürgersteigen, gehört, wenn der Umfang des Fußgängerverkehrs auf dem Wege es erfordert, regelmäßig zu den Aufgaben des Wegebaupflichtigen; denn vom Wegebaupflichtigen kann zur Einrichtung und Erhaltung der öffentlichen Wege alles verlangt werden, was erforderlich und zweckmäßig ist, damit „den Bedürfnissen des öffentlichen Verkehrs Genüge geschieht" (§ 55 Z. G.).

---

78) O. V. G. E. Bd. 26/211.

Mangels einer Sonderbestimmung regelt sich daher die Unterhaltungspflicht für den Bürgersteig nach den sonst geltenden Normen über die Verteilung der Wegebaulast, und eine gewohnheitsrechtliche Gestaltung der Pflicht zur Unterhaltung der Bürgersteige ist regelmäßig überall dort zulässig, wo auch die allgemeine Wegebaulast durch Normen des Gewohnheitsrechtes ihren Träger wechseln kann.

Jedoch sind in einzelnen Wegeordnungen mit Rücksicht auf die vor ihrem Inkrafttreten bestehende, vielfältige gewohnheitsrechtliche Gestaltung der Unterhaltungspflicht gerade für die Bürgersteige über die zukünftige Zulässigkeit derartiger Observanzen besondere Bestimmungen getroffen worden.

I.

Im linksrheinischen Gebiet sind, wie bereits oben ausgeführt worden ist, trotz der ausschließlichen Regelung des Gesetzes vom 11. Frimaire 7 alle in diesem Zeitpunkt bereits bestehenden Observanzen aufrechterhalten geblieben, die die Unterhaltungspflicht bezüglich des Pflasters der Fahrbahnen und der Bürgersteige in den Ortsstraßen regeln. Soweit also die Befestigung oder Pflasterung eines Bürgersteiges in Frage steht, ist auf das örtliche Recht Rücksicht zu nehmen. [79])

Der Nachweis des Bestehens solcher Observanzen wird jedoch im Einzelfalle große Schwierigkeiten bereiten, da der Beweis erbracht werden muß, daß dieses Gewohnheitsrecht bereits am 1. Dezember 1798 bestanden hat.

II.

Im Gebiete des gemeinen Rechtes ist ebenso wie die Möglichkeit einer örtlichen Aenderung der allgemeinen Wegebaupflicht auch die Zulässigkeit von Observanzen betreffend die Unterhaltungspflicht der Bürgersteige unbestritten [80]), soweit nicht die provinziellen Wegeordnungen und Gesetze, wie zum Beispiel in Hannover, jede gewohnheitsrechtliche Entwicklung ausgeschlossen haben.

Ihren Ausgangspunkt hat die Entwicklung des Gewohnheitsrechtes im gemeinen Recht bezüglich der Bürgersteigsbaupflicht in den Digesten gefunden (43, X, 10: „construat autem, vias publicas secundum propiam domum unusquisque"). Tatsächlich sind auch in dem gemeinrechtlichen Teile der Rheinprovinz regelmäßig die Anlieger unterhaltungspflichtig.

III.

Für die altpreußischen Gebiete hatte das frühere Obertribunal angenommen, daß die gesetzliche Verpflichtung der Anlieger zur Unterhaltung des Bürgersteiges auf § 81 I. 8 des Allgemeinen Landrechtes beruht [81]); denn durch diese landrechtliche Bestimmung solle, wie das Obertribunal ausführt, den Hauseigentümern nicht allein ein besonderes Nutzungsrecht an dem Bürgersteige eingeräumt, sondern vielmehr, gewissermaßen als Aequivalent für dieses Recht, gleichzeitig die Pflicht zur Unterhaltung des Bürgersteiges auferlegt werden, wie der

---

[79]) Matthias a. a. O. S. 662.
[80]) Matthias a. a. O. S. 662.
[81]) O. T. E. Bd. 62/36.

Zwischensatz des § 81 a. a. O.: „soweit er (nämlich der Anlieger) das Steinpflaster zu unterhalten hat" erkennen lasse.

Das Oberverwaltungsgericht hat diese Ansicht an Hand der Entstehungsgeschichte des Gesetzes widerlegt und ausgeführt, daß zwar bei der Abfassung dieser Bestimmung die Verpflichtung des Anliegers zur Unterhaltung des Bürgersteiges als die regelmäßig herkömmliche vorausgesetzt worden ist, der ferneren gewohnheitsrechtlichen Entwicklung jedoch kein Riegel vorgeschoben werden sollte. Abgesehen davon ist es auch wenig wahrscheinlich, daß der Gesetzgeber eine so wichtige Verpflichtung wie die Unterhaltung des Bürgersteiges in einem Zwischensatz regeln wollte. [82])

Die langjährige Rechtsprechung des Obertribunals ist jedoch für die Beurteilung derartiger, die Bürgersteigunterhaltung regelnder Observanzen nicht ohne jede Bedeutung geblieben. [83]) Es ist nämlich geltend gemacht worden, daß sich ein die Anlieger verpflichtendes Gewohnheitsrecht deshalb nicht habe bilden können, weil diese Uebung allein auf Grund der irrtümlichen, durch die Rechtsprechung der Obertribunals beeinflußten Annahme entstanden sei, daß die Hausbesitzer zu der Unterhaltung des Bürgersteiges gesetzlich durch § 81 a. a. O. verpflichtet seien. Die Uebung sei daher nicht durch die rechtliche Ueberzeugung aller Beteiligten gestützt und begründet worden, sondern habe vielmehr ihre Nahrung ausschließlich in dem vom Obertribunal gepflegten Irrtum gefunden.

Dieser Einwand mag tatsächlich in einer Reihe von Fällen, die in den ersten Jahren der Tätigkeit des Oberverwaltungsgerichtes zur Entscheidung standen, eine Rolle gespielt haben, wenn die Uebung tatsächlich nur durch einen derartigen Irrtum veranlaßt worden ist. Jetzt aber, nach einer mehr als fünfzigjährigen Wirksamkeit des Oberverwaltungsgerichtes kann er nicht mehr durchgreifen, da, soweit wirklich die Uebung seinerzeit nur infolge des genannten Irrtums entstanden ist, sie jedenfalls in den letzten Jahrzehnten keine neue Nahrung mehr erhalten hat. Im allgemeinen Teil ist aber schon darauf hingewiesen worden, daß sich bei der jahrzehntelangen Uebung regelmäßig auch dann eine rechtliche Ueberzeugung der Uebenden gebildet haben wird, wenn die Uebung zunächst auf Grund eines Irrtums über das Bestehen oder Nichtbestehen einer gesetzlichen Vorschrift entstanden ist. [84])

Zusammenfassend ist also festzustellen, daß auch im Geltungsbereich des Allgemeinen Landrechtes für die Unterhaltung der Bürgersteige keine anderen Bestimmungen gelten wie für die allgemeine Wegebaupflicht, es sei denn, daß die provinziellen Normen die eine oder andere Ausnahme enthalten.

Eine solche Sonderbestimmung ist bereits bei der Behandlung des ostpreußischen Wegerechtes erwähnt worden. Sie hat in ähnlicher Form auch in den Wegeordnungen für Posen und Westpreußen Eingang gefunden. In allen diesen Fällen hat sich der Gesetzgeber gescheut, die observanzmäßige Verpflichtung der Anlieger, soweit sie besteht, zu

---

[82]) Koch a. a. O.; O. V. G. E. Bd. 3/181; 6/215 und die bei Germershausen S. 261 zitierten Entscheidungen.

[83]) Jebens a. a. O.; Pr. V. Bl. Bd. 20/S. 373 ff.

[84]) Pr. V. Bl. Bd. 12/233.

beseitigen, weil die durch das Gewohnheitsrecht regelmäßig begründete Pflicht der Anlieger dem Empfinden der Billigkeit in einem gewissen Umfange entspricht. Die Observanzen haben sich aus der Ueberzeugung heraus gebildet, daß die Anlieger zur Einrichtung und Erhaltung der Bürgersteige deshalb verpflichtet seien, weil die Vorteile eines besseren und bequemeren Zuganges zu den angrenzenden Grundstücken in erster Linie ihnen selbst zu Gute kommen.[85])

Endlich ist noch darauf hinzuweisen, daß die Bestimmungen der Fluchtliniengesetzgebung[86]) ohne Einfluß auf die gewohnheitsrechtliche Regelung der Bürgersteigsunterhaltungspflicht geblieben sind, da diese Normen nur das Verhältnis von Anliegern zur Gemeinde regeln, während durch die Observanz eine Verpflichtung des Anliegers gegenüber der Wegepolizeibehörde begründet wird.[87])

§ 10.

Getrennt von der Bedeutung der Observanz für die Regelung der Wegeunterhaltungspflicht, ist die örtliche Gestaltung der Verpflichtung zur **Beleuchtung und Reinigung der öffentlichen Wege** zu behandeln; denn der Bedeutung der Reinigung und Beleuchtung der Wege aus allgemeinen polizeilichen Gründen entsprechend ergeben sich diese Pflichten regelmäßig nicht aus der allgemeinen Wegebaulast. sondern sind von dieser unabhängige Polizeilasten.

Für die polizeimäßige Reinigung der öffentlichen Wege, die in der Regel die wegemäßige Reinigungspflicht absorbiert,[88]) ist maßgebend das Gesetz über die Reinigung öffentlicher Wege vom 1. Juli 1912 (G. S. 187).

§ 3 dieses Gesetzes bestimmt nun, daß die vor seinem Inkrafttreten vorhandenen Observanzen ebenso wie alle anderen örtlichen Gesetzesvorschriften aufrechterhalten bleiben, soweit sie nicht der Bestimmung des § 1 Abs. 2 zuwiderlaufen, wonach die polizeimäßige Reinigung der Brücken, Durchlässe und ähnlicher Bauwerke unterhalb der Oberfläche öffentlicher Wege dem zu ihrer Unterhaltung öffentlichrechtlich Verpflichteten zur Last fällt.

Die Entstehung neuer Observanzen jedoch ist ausgeschlossen, um die Rechtsunsicherheit, welche die Folge der vielfältigen, örtlichen Regelung gewesen ist, wenigstens dort zu hemmen, wo sich bisher ein Gewohnheitsrecht nicht entwickelt hat.

Vor Inkrafttreten dieses Wegereinigungsgesetzes, das gemäß § 1 Abs. 1 die regelmäßige Pflicht der Gemeinden zur Reinigung der öffentlichen Wege begründet, soweit eben nicht bereits vorhandene örtliche Normen ein anderes bestimmen, lag diese Pflicht zur polizeimäßigen Straßenreinigung ebenfalls auf Kosten der Gemeinde[89]) als polizeiliche Anstalt der Polizei ob. Jedoch wurde diese Pflicht in einer überragenden

---

85) Pr. V. Bl. Bd. 18/232.
86) Gesetz betr. die Anlegung und Veränderung von Straßen und Plätzen in Städten und ländlichen Ortschaften vom 2. Juli 1875.
87) Pr. V. Bl. Bd. 18/232.
88) Germershausen a. a. O. S. 56 ff.
89) Gesetz über die Polizeiverwaltung vom 11. 3. 1850, § 3.

Zahl von Gemeinden durch das örtliche Gewohnheitsrecht in eine Reinigungspflicht der Anlieger umgewandelt.[90])

Die Entstehung dieser Observanzen mag ihren Grund gehabt haben in dem mehr oder minder stark empfundenen Bedürfnis der Anlieger nach Reinlichkeit vor ihren Grundstücken und in der im Sprichwort „Ein jeder fege vor seiner eigenen Tür" zum Ausdruck gekommenen Anschauung, zur Reinigung mit Rücksicht auf die Hausbewohner und die im Hause betriebenen Gewerbe verpflichtet zu sein, sowie endlich in der Furcht vor irgendwelchen Schadensersatzansprüchen.[91])

Alle diese aus der Zeit vor Inkrafttreten des Wegereinigungsgesetzes entstandenen Observanzen, die die Reinigungspflicht in der mannigfachsten Form geregelt und gestaltet haben, sind, wie eben ausgeführt worden ist, in ihrer Wirksamkeit unberührt geblieben. Jedoch besteht eine Einschränkung dieses Satzes insofern, als sich die Reinigungspflicht immer nur auf sogenannte reinigungsfähige Wege, das sind Wege, die überwiegend dem inneren Verkehr der Ortschaft dienen, erstrecken kann. Hier ist die Möglichkeit einer abweichenden Regelung wie sie hinsichtlich der Person des Verpflichteten vom Gesetz behandelt worden ist, in keiner Weise erwähnt. Aus dem Fehlen einer solchen Erwähnung muß daher gefolgert werden, daß nach der Absicht des Gesetzgebers der Begriff der reinigungsfähigen Straßen erschöpfend geregelt ist.[92])

Außerhalb des Bezirkes der reinigungsfähigen Wege können daher Observanzen bezüglich der Straßenreinigungspflicht nur dann entstehen, wenn sie lediglich die wegemäßige, einen Teil der Wegebaulast bildenden Reinigung betreffen, vorausgesetzt immer natürlich, daß in dem betreffenden Gebiet überhaupt eine gewohnheitsrechtliche Gestaltung der Wegeunterhaltungspflicht zulässig ist.

Der Natur der Reinigungspflicht als einer polizeimäßigen Pflicht entsprechend ist eine Observanz ausgeschlossen, die in irgendeiner Weise Art und Umfang der Reinigungspflicht zu bestimmen beabsichtigt, da hierfür ausschließlich polizeiliche Gesichtspunkte maßgebend sein können.[93])

Die Verpflichtung zur Beleuchtung der Straßen ist ebenfalls eine Polizeilast, weil die Interessen an einer Straßenbeleuchtung weit über den Kreis derjenigen hinausgehen, deren Befriedigung den Inhalt der Wegebaulast ausmacht.[94])

Da hier besondere Vorschriften nicht bestehen, ist der Rechtszustand derselbe, wie er vor Erlaß des Gesetzes über die Reinigung öffentlicher Wege bezüglich dieser bestanden hat. Die Polizei ist also zur Herrichtung der für die Beleuchtung erforderlichen Anlagen auf Kosten der Gemeinden verpflichtet, jedoch kann diese Pflicht ebenso wie früher die Reinigungspflicht durch örtliches Gewohnheitsrecht auf Dritte übertragen werden.[95])

---

90) Nachweisung des Oberverwaltungsgerichtes vom 29. 1. 1912 bei Hecht a. a. O. S. 94 ff.

91) O. V. G. E. Bd. 14/100, Hecht a. a. O. S. 49.

92) O. V. G. E. Bd. 81/265.

93) Pr. V. Bl. Bd. 34/654 f.

94) Germershausen a. a. O. § 4. S. 70.

95) O. V. G. E. Bd. 56/345.

§ 11.

Endlich ist noch die Zulässigkeit einer gewohnheitsrechtlichen Regelung der Pflicht **zur Unterhaltung von Brücken** über öffentliche Flüsse zu untersuchen.

Mit der allgemeinen Wegebaupflicht hat diese Last keine Zusammenhänge, da die Brücken über öffentliche Ströme nicht Bestandteil der öffentlichen Wege, sondern eine „für sich bestehende, in keinem Zubehörverhältnis zu den öffentlichen Wegen stehende Kommunikationsanstalt" sind.[96]) Ihre Anlage gehört zu den Regalien des Staates und ist Ausfluß staatlicher Hoheitsrechte.[97])

Der Staat ist jedoch zu einer Erbauung solcher Brücken über öffentliche Ströme nicht verpflichtet. Anlegung wie Einziehung der Brücken ist vielmehr in seine freie Entschließung gestellt.[98])

Eine Pflicht zur Errichtung einer Brücke über einen öffentlichen Fluß kann daher auch nicht durch Observanz begründet werden; denn eine gewohnheitsrechtliche Regelung ist ausgeschlossen, wenn eine öffentlich-rechtliche Pflicht dieser Art überhaupt nicht besteht.[99])

Solange aber eine Brücke über einen öffentlichen Fluß tatsächlich besteht und dem öffentlichen Verkehr dient, ist der Staat gemäß § 53 II 15 des Allgemeinen Landrechtes zur Unterhaltung der Brücke verpflichtet,[100]) und diese Unterhaltungspflicht kann dem Wortlaut des § 53 a. a. O. entsprechend auch eine Abwandlung durch das örtliche Gewohnheitsrecht erfahren.

Daß diese Möglichkeit einer Gewohnheitsrechtsbildung jedenfalls nicht unter allen Umständen, wie Germershausen annehmen will,[101]) infolge des Mangels einer geeigneten Interessengemeinschaft entfällt, ist bereits oben bei der Behandlung der wegerechtlichen Interessengemeinschaft ausgeführt worden.

§ 12.

Zum Schluß der Ausführungen dieses Teiles der Arbeit bleibt noch zu behandeln, welchen **Umfang** die einzelne nach oben Gesagtem zulässige **Observanz** im einzelnen Falle haben kann.

I.

Das Gebiet der räumlichen Geltung einer Observanz wird regelmäßig durch die Ausdehnung der Interessengemeinschaft bestimmt, von der sie getragen ist; denn, wie bereits im allgemeinen Teile dieser Arbeit ausgeführt worden ist, wird die Observanz nur dort als Norm des geltenden Rechtes gewertet, wo die ihr zugrundeliegenden Anschauungen von einem, wenn auch nur rein tatsächlich verbundenen Personenkreise getragen sind, der seiner Ueberzeugung auch durch ein entsprechendes positives Verhalten Ausdruck verleiht.

---

[96]) O. V. G. E. Bd. 12/243 ff., 249.

[97]) Germershausen a. a. O. S. 290, § 32.

[98]) §§ 38, 52, 53, II 15 A. L. R.

[99]) v. Kamptz a. a. O. 1. Erg. Bd. S. 352.

[100]) O. V. G. E. Bd. 18/275; Friedenthal a. a. O. S. 75.

[101]) Germershausen a. a. O. S. 302. Anm 12; Koch a. a. O. Anm. 83 zu § 54. II 15. A. L. R.

Wenn also eine Uebung von der überwiegenden Zahl der Angehörigen einer Gemeinde betätigt wird, decken sich die Grenzen der auf Grund dieser Uebung entstandenen Observanz mit denen des Kommunalbezirkes, und die Observanz wird ein Teil des Ortsrechtes.

Innerhalb ihres Geltungsbereiches aber findet die Observanz als Norm des objektiven Rechtes Anwendung für alle Lebensverhältnisse ohne Ausnahme, deren Regelung ihren Inhalt ausmacht. So gilt ein die Unterhaltungspflicht regelndes örtliches Gewohnheitsrecht auch für alle etwa neu hinzukommenden Straßen im Bereiche seiner Geltung. 102)

Ihrem Wesen als allgemeine Norm entsprechend wird ihre Anwendung auch nicht etwa um dessentwillen gehindert, weil in dem einzelnen Falle nicht alle die Gründe zutreffen, welche seinerzeit zu ihrer Entstehung geführt haben. 103)

Es ist jedoch wohl möglich, daß sich eine Observanz ihrem eigenen Inhalt zufolge nur auf bestimmte bereits vorhandene Wege oder Wegeteile erstreckt und die Ausdehnung auf neue Wegeanlagen selbst ausschließt, 104) was aber immer nur nach Lage des einzelnen Falles beurteilt werden kann.

II.

Auch die Art der durch die Observanz getroffenen Regelung bestimmt sich regelmäßig nach ihrem eigenen Inhalt. Innerhalb des ihr durch das geschriebene Recht gesetzten Rahmens kann sie jede nur denkbare Anordnung treffen. So kann sie die Wegeunterhaltungspflicht Dritter von dem Eintritt bestimmter Voraussetzungen abhängig machen, die nicht allein in einer Steigerung des Verkehrs begründet zu sein brauchen. 105)

Auf der anderen Seite aber ist sie an die allgemeinen Normen und Grundsätze des Verwaltungsrechtes in der Ausgestaltung ihres Inhaltes gebunden. So ist eine Erweiterung der Wegebaupflicht über das durch Wissenschaft und Rechtsprechung festgestellte Maß hinaus unzulässig, und wie bereits bei der Behandlung der Reinigungs- und Beleuchtungspflicht ausgeführt worden ist, können bezüglich des Umfanges und der Art dieser polizeimäßigen Pflichten auch nur polizeiliche Gesichtspunkte allein maßgebend sein. In dem letztgenannten Falle erschöpft sich also notwendigerweise der Inhalt der Observanz in der Bestimmung eines neuen Trägers der polizeilichen Pflichten.

Im Uebrigen aber ist die Observanz, wie oben bereits ausgeführt worden ist, in der Bestimmung des Umfanges der von ihr zu treffenden Regelungen vollkommen unbehindert. So kann sie sich damit begnügen, nur einzelne wenige Angelegenheiten selbst zu ordnen, auf der anderen Seite aber ist sie in der Lage, auch ganz umfassende, weitgehende Regelungen zu treffen. Ein Beispiel hierfür bietet die Einbürgerung des gesamten in einem Bezirk geltenden Wegerechtes in dem Nachbargebiet durch gewohnheitsrechtliche Entwicklung. 106)

---

102) O. V. G. E. Bd. 16/297; Pr. V. Bl. 11/195.
103) Germershausen a. a. O. 258 ff.
104) Pr. V. Bl. Bd. 17/454; 41/118 1.
105) Germershausen a. a. O. S. 263.
106) O. V. G. E. Bd. 64/492 ff.

So ist in den vormals böhmischen Enklaven der Provinz Schlesien durch Observanz das schlesische Wegereglement, das in diesem Bezirk niemals publiziert worden ist, zur Geltung gebracht worden.[107])

C. Aenderung und Erlöschen der Observanz.

§ 13.

Jede Observanz unterliegt den Bedürfnissen des Lebens entsprechend, denen sie auch ihre Entstehung verdankt hat, der Fortbildung und kann durch neue Gewohnheiten abgeändert werden.[108])

Der Richter hat daher in jedem Falle neu zu prüfen, welchen Umfang die Observanz nach der erkennbaren Ueberzeugung der Beteiligten im Zeitpunkt der Entscheidung besitzt.

Ebenso ist auch eine Abänderung der für den Bereich eines Kommunalbezirkes geltenden Observanz durch ordnungsmäßig gefaßte Gemeindebeschlüsse möglich, da hier wie auch in dem oben erwähnten umgekehrten Falle derselbe, in der Autonomie der Gemeinden begründete, gesetzgeberische Wille wirksam wird.[109])

Aber nicht jede Aenderung des für die Wegelasten maßgebenden Verkehrs und nicht jede kulturelle und technische Fortentwicklung bedeuten gleichzeitig eine Aenderung der Observanz;[110]) denn, wie oben bereits ausgeführt worden ist, umfassen die durch das örtliche Recht begründeten Wegelasten regelmäßig alles, was nach den Bedürfnissen des öffentlichen Verkehrs bezw. aus polizeilichen Gesichtspunkten gefordert werden muß, sodaß es einer Fortentwicklung der Norm selbst garnicht mehr bedarf.[111])

Wenn also zum Beispiel die Steigerung des Fußgängerverkehrs eine Neuvermessung und Vergrößerung der Fläche des Bürgersteiges notwendig macht, so ist der zur Unterhaltung des Bürgersteiges Verpflichtete zur Herrichtung des neuen Bürgersteiges gehalten, wofür eine Erweiterung der verpflichtenden Observanz selbst nicht notwendig ist.[112])

Ebenso wie der Umfang der Observanz kann auch ihr Geltungsgebiet im Laufe der Entwicklung eine Aenderung erfahren.

So vergrößert sich der Geltungsbereich der gewohnheitsrechtlichen Norm, wenn zu dem bisherigen Kreis der Uebenden andere Personen treten. Vor Allem aber erfährt die Geltung jener Observanzen, die Bestandteil des Ortsrechtes einer Gemeinde geworden sind, eine bedeutende Ausdehnung der Wirksamkeit im Falle der Eingemeindung bisher selbständiger oder zu einem anderen Bezirk gehöriger Gebiete in die Gemeinde.

Es kann nicht die Aufgabe dieser Arbeit sein, die Wirkung der Eingemeindung im Einzelnen zu untersuchen, vielmehr sollen hier nur die grundlegenden Wirkungen des Eingemeindungsaktes aufgewiesen werden, denen die einzelne Observanz unterliegen kann.

---

107) Germershausen a. a. O. S. 185.
108) O. V. G. E. Bd. 60/64.
109) O. V. G. E. Bd. 9/73; 60/64.
110) Ru. Pr. V. Bl. Bd. 51/452.; Reiß a. a. O. S. 640 ff.
111) O. V. G. E. Bd. 25/204.
112) Germershausen a. a. O. S. 26.

Auf Grund der Eingemeindung erstreckt sich nach der beständigen Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichtes die Wirksamkeit der ein Teil des Ortsrechtes gewordenen Observanz ohne weiteres auch auf die neu hinzugekommenen, eingemeindeten Gebiete.[113])

Die älteste Entscheidung des Oberverwaltungsgerichtes zu dieser Frage — O. V. G. E. Bd. 6/218 ff. —, auf die in allen späteren Entscheidungen dieses Gerichts immer wieder Bezug genommen ist, behandelte die konkrete Frage, ob für die Eigentümer der Grundstücke eines erst im Jahre 1860 mit dem Stadtbezirk Berlin vereinigten Gebietes die öffentlich-rechtliche Verpflichtung der Anlieger zur Unterhaltung der Bürgersteige, wie sie als observanzmäßige schon damals längst in Berlin bestanden hat, ohne weiteres mit der Eingemeindung Anwendung finde.

Das Oberverwaltungsgericht ging von der Bestimmung des § 2 der Städteordnung von 1853 aus, in dem bestimmt ist, daß privatrechtliche Verhältnisse durch kommunale Bezirksveränderungen niemals gestört werden dürfen, und folgerte daraus per argumentum e contrario, daß die öffentlich-rechtlichen Verhältnisse des eingemeindeten Gebietes durch das Ortsrecht des eingemeindenden Bezirkes bestimmt werden.

Die Rechtsprechung des Reichsgerichtes und auch des Kammergerichtes hat sich auf den entgegengesetzten Standpunkt gestellt und im wesentlichen darauf hingewiesen, daß die Auffassung des Oberverwaltungsgerichtes der bisherigen preußischen Staatspraxis widerspreche. Die im Jahre 1866 mit den preußischen Staaten vereinigten Provinzen hätten ihr altes Recht behalten, soweit nicht dessen Aufhebung durch Gesetz oder durch Einführung neuer Vorschriften erfolgt sei.[114])

Zu diesem Einwand hat das Oberverwaltungsgericht in einer — im Bande 37 S. 405 — abgedruckten Entscheidung Stellung genommen und mit Recht ausgeführt, daß ein Vergleich des Eingemeindungsrechtes mit der gelegentlich der Einverleibung der bislang selbständigen Gebiete in Preußen geübten Staatspraxis ausgeschlossen sei. Während bei Erlaß der Staatsgesetze es sich um die Regelung einer Rechtsordnung für ein Gebiet handle, dessen Begrenzung als dauernd anzusehen ist, müsse in den Gemeinden jederzeit mit etwaigen Eingemeindungen und kommunalen Aenderungen gerechnet werden, sodaß der Wille des Gesetzgebers, daß das örtliche Recht auch in den zukünftig eingemeindeten Gebieten gelten solle, außer Frage steht.

Auf den Einwand,[115]) daß eine solche Rekonstruktion des gesetzgeberischen Willens immerhin bedenklich sei, näher einzugehen, würde über den Rahmen der Arbeit hinausführen. Durchschlagender erscheinen jedenfalls die weiteren Argumente, mit denen das Oberverwaltungsgericht seine Ansicht verteidigt.

Es ist gerade, so führt das Oberverwaltungsgericht aus,[116]) das Ziel einer jeden Eingemeindung, an Stelle der bisherigen Vielfältigkeit der öffentlichen Verhältnisse eine Vereinheitlichung in öffentlich-rechtlicher Hinsicht zu erzielen. Ferner müßten die Einwohner der eingemeindeten

---

113) O. V. G. E. Bd. 6/218.
114) R. G. Z. Bd. 28/300; Stephan a. a. O. S. 320.
115) Jebens a. a. O. S. 512 ff.
116) Pr. V. Bl. 12/725.

Bezirke, so wie sie an allen anderen Rechten und Pflichten innerhalb der Gemeinde teilnehmen, auch jede örtliche Norm des alten Gebietes für und gegen sich gelten lassen. Die Richtigkeit dieser Auffassung erhellt endlich auch aus § 37 VI 2 des Allgemeinen Landrechtes, wonach jedes in die Korporation neu eintretende Mitglied sich eben durch den Eintritt der Verfassung dieser Gemeinde unterwerfe.[117])

Danach ist also die Ausdehnung des örtlich geltenden Rechtes auf die neu eingemeindeten Gebiete eine unmittelbare Folge der Inkorporation. Die Observanz als Bestandteil des Ortsrechtes dehnt sich daher in ihrer Wirksamkeit auf Grund des Eingemeindungsaktes ebenfalls auf die eingemeindeten Gebiete aus.

Das Oberverwaltungsgericht erkennt jedoch selbst hier Ausnahmen insofern an, als sich die Observanz dann nicht ausdehnen soll, wenn sie nach ihrem Inhalt nur ein Sonderrecht für einzelne, bestimmte Gebiete oder besonders geartete Verhältnisse sein soll.[118])

§ 14.

Ebenso wie die Observanz durch Gewohnheitsrecht abgeändert werden kann, kann sie auch durch eine entgegenstehende neuere Gewohnheitsrechtsbildung zum Erlöschen gebracht werden.

Hierbei ist jedoch zu bemerken, daß von einem Erlöschen der Observanz dann noch nicht gesprochen werden kann, wenn die Observanz vergessen ist und man ihrer nicht mehr gedenkt. Vielmehr ist auch hier eine positive Handlung erforderlich, die die bisherige Uebung beseitigt.[119])

Die Observanz erlischt ferner mit dem Untergange ihres Gegenstandes.[120]) Wenn es sich jedoch nur um den Ersatz der bisherigen Wegeanlage durch eine neue, gleichartige handelt, bleibt die Observanz bestehen. So gilt eine Observanz, die die Unterhaltungspflicht einer abgerissenen Brücke geregelt hat, gleichermaßen auch für die neue Brücke.[121])

Endlich erlischt die Observanz bei Fortfall dessen, der nach ihrem Inhalt der Pflichtige einer Wegelast gewesen ist.[122])

In diesem Zusammenhange ist von besonderer Bedeutung die Frage, welchen Einfluß die durch das Gesetz vom 27. Dez. 1927[123]) angeordnete Auflösung der Gutsbezirke auf das Bestehen der Observanzen hatte, denen zufolge ein Gutsherr der Pflichtige gewesen ist.

Es muß hier der eigenartigen Natur der Gutsbezirke entsprechend zwischen denjenigen gewohnheitsrechtlich begründeten Lasten unterschieden werden, die regelmäßig zu den kommunalen Angelegenheiten gehören und daher den Gutsbezirk als selbständige kommunale Einheit treffen, und denen, die in der ehedem obrigkeitlichen Gewalt des Gutsherrn über die zum vormaligen Herrschaftsgebiete gehörigen Gemeinden ihre Wurzel haben.[124])

---

117) O. V. G. E. Bd. 6/218 ff.

118) Stier-Somlo a. a. O. S. 159, 163.

119) O. V. G. E. Bd. 47/247/248.

120) Germershausen a. a. O. S. 317.

121) O. V. G. E. Bd. 56/347.

122) Germershausen a. a. O. S. 317.

123) Gesetz über die Regelung verschiedener Punkte des Gemeindeverfassungsrechtes. § 11.

124) O. V. G. E. Bd. 39/112 ff

Die im Rahmen der gewöhnlichen Kommunalaufgaben begründeten Lasten, die ohne Beziehung zu der Gutsherrlichkeit geblieben sind und daher ebensogut von vornherein als eine Last der Gemeinde hätten entstehen können, gehen mit der Auflösung des Gutsbezirkes auf die Gemeinden als die nunmehr alleinigen Sachwalter der kommunalen Interessen über.

Die in der Gutsherrlichkeit begründeten Observanzen dagegen, ganz gleichgültig, welche Lasten sie zum Gegenstande ihrer Regelung gehabt haben, sind erloschen, da ihr Träger, nämlich der Gutsbesitzer als Inhaber der Gutsherrlichkeit fortgefallen ist. Eine Rechtsnachfolge der Gemeinde ist hier begriffslich undenkbar, da gerade die Beseitigung der Gutsherrlichkeit das Ziel der Eingemeindung und der Auflösung der Gutsbezirke gewesen ist.[125])

Es wird also im einzelnen Falle immer zu untersuchen sein, ob die Observanz ihre Entstehung dem ehemaligen, obrigkeitlichen Verhältnis des Gutsherrn zu den Gemeindeinsassen verdankt oder nur aus dem kommunalen Aufgabenkreise des Gutsbezirkes erwachsen ist.

---

125) O. V. G. E. Bd. 36/205; 67/237; Jagemann a. a. O., Pr. V. Bl. Bd. 31/120 ff.

Lebenslauf

Am 2. Juli 1909 wurde ich als Sohn des Kaufmanns Erich Pawelitzki und seiner Ehefrau Emmi geb. Höfling in Gleiwitz geboren. Ich besuchte von Ostern 1915 ab die Mittelschule und von Ostern 1918 ab das humanistische Gymnasium in Gleiwitz. Nach Ablegung der Reifeprüfung im Jahre 1927 studierte ich Rechtswissenschaften an den Universitäten Breslau und Kiel und bestand am 24. Februar 1931 am Oberlandesgericht Kiel die erste juristische Staatsprüfung. Von April bis Oktober 1931 war ich als Referendar im Vorbereitungsdienst bei dem Amtsgericht in Bad Reinerz beschäftigt und arbeitete gleichzeitig als Volontär bei der Badeverwaltung Altheide AG. für Kur- und Badebetrieb. Seit dem 1. Oktober 1931 arbeitete ich im Interesse meiner kaufmännischen Ausbildung bei der Preußischen Bergwerks- und Hütten-AG., Zweigniederlassung Steinkohlenbergwerke Hindenburg OS. Die mündliche Doktorprüfung bestand ich am 26. Mai 1933.

Es ist mir ein besonderes Bedürfnis, auch an dieser Stelle Herrn Geheimrat Professor Dr. Helfritz für die liebenswürdige Berichterstattung über die vorliegende Arbeit meinen verbindlichsten Dank auszusprechen.